

**JOSÉ EDUARDO FLORES DA SILVA**

**DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS, POVOS TRADICIONAIS E SEUS  
CONHECIMENTOS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE**

**CURITIBA  
2008**

**JOSÉ EDUARDO FLORES DA SILVA**

**DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS, POVOS TRADICIONAIS E SEUS  
CONHECIMENTOS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE**

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, Faculdade de Direito, Setor de  
Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
do Paraná.

**Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam  
de Chueiri**

**CURITIBA  
2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JOSÉ EDUARDO FLORES DA SILVA**

### **DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS, POVOS TRADICIONAIS E SEUS CONHECIMENTOS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Professora Vera Karam de Chueiri  
Departamento de Direito Público, UFPR.

Professor Abili Lázaro Castro de Lima  
Departamento de Direito Público, UFPR.

Professora Eneida Desiree Salgado  
Departamento de Direito Público, UFPR.

**Curitiba, 01 de outubro de 2008.**

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, *José Flávio e  
Maria Flores*,

Aos meus irmãos, *Frederico e  
Octávio*,

Aos meus amigos,

que me acompanharam durante  
todos estes anos na faculdade e  
na vida.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer todos aqueles que diretamente ou indiretamente tornaram possível este trabalho, em especial à *Profa. Dra. Vera Karam de Chueri*, que desde o início sempre incentivou minhas idéias e aceitou ser minha orientadora.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO 1. DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS .....</b>	<b>11</b>
1.1. CONCEITO .....	11
1.2. DIREITOS DO MEIO AMBIENTE .....	17
1.3. DIREITOS CULTURAIS .....	22
1.4. DIREITOS ÉTNICOS DOS ÍNDIOS .....	29
1.5. DIREITOS ÉTNICOS DOS QUILOMBOLA .....	32
1.6. BENS SOCIOAMBIENTAIS .....	34
<b>CAPÍTULO 2. POVOS TRADICIONAIS.....</b>	<b>36</b>
2.1. FIM DA INVISIBILIDADE .....	36
2.2. CONVENÇÃO 169-OIT.....	39
2.3. DECLARAÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE CULTURAL .....	42
2.4. CONVENÇÃO DA PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS .....	44
2.5. CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA .....	46
2.6. DECRETO 6.040/2007 .....	47
2.7. POVO E TERRITÓRIO .....	50
2.8. REGIME COMUM DE PROPRIEDADE DOS POVOS TRADICIONAIS .....	54
2.9. POVOS TRADICIONAIS CONCEITO .....	57
<b>CAPÍTULO 3. CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE .....</b>	<b>62</b>
3.1. CONCEITO.....	62
3.2. PROTEÇÃO JURÍDICA VS. BIOPIRATARIA .....	65
3.3. DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL VS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS .....	68
3.4. PRESSUPOSTOS PARA A CRIAÇÃO DE UM REGIME DE PROTEÇÃO .....	70
3.5. CONSENTIMENTO PRÉVIO E A REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS .....	72
3.6 CRÍTICAS AO ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS .....	74
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>81</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>85</b>

## RESUMO

Este trabalho versará sobre os direitos socioambientais, fruto de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais referentes à cultura, ao meio ambiente, aos direitos étnicos dos indígenas e aos quilombolas. Após tratar destes direitos de natureza essencialmente coletiva, serão estudados os sujeitos destes (novos) direitos: os povos e comunidades tradicionais, os quais passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos coletivos. Representam os povos indígenas, quilombolas e outros grupos culturalmente diferenciados, que possuem uma peculiar relação com o meio ambiente que os cerca, razão pela qual são detentores de extraordinários conhecimentos associados à biodiversidade. Será analisado, finalmente, o modo como esse conhecimento é tratado pelo Direito e apropriado por terceiros.

**Palavras chave:** direitos socioambientais, povos tradicionais, conhecimentos associados à biodiversidade





## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 reconheceu o direito de todos a um meio ambiente sadio e equilibrado, ao patrimônio cultural, o qual abrange bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à memória e à ação dos diversos grupos étnicos brasileiros.

Garantiu a todos o pleno exercício de seus direitos culturais, como seus modos de criar, fazer e viver, assim como protegeu as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras.

Reconheceu aos índios o direito que têm de serem índios, garantindo seus costumes, suas línguas, crenças, tradições e, principalmente, seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Da mesma maneira, aos quilombolas foi lhes reconhecida a propriedade definitiva das terras que ocupam.

Todos estes (novos) direitos coletivos podem ser analisados a partir do chamado “socioambientalismo”, movimento genuinamente brasileiro que nasceu na segunda metade da década 1980, a partir do encontro político de causas sociais e ambientais, no contexto da democratização do país<sup>1</sup>, ampliando o horizonte dos direitos dos índios para sua verdadeira dimensão: direito dos povos, direito das diferenças, ao mesmo tempo em que retirou o aspecto anti-humano<sup>2</sup>, preservacionista e conservadorista do ambientalismo tradicional, segundo o qual o homem é o inimigo.

Este trabalho procura analisar os dispositivos constitucionais referentes ao meio ambiente, à cultura e aos direitos étnicos dos índios e quilombolas a partir do paradigma “socioambiental”, adotando uma interpretação sistêmica e integrada destes dispositivos.

Este estudo é realizado com base em um direito constitucional comprometido aqui identificado como um conjunto de transformações ocorridas no

---

1 SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005. p. 19

2 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *Introdução ao direito socioambiental*. In: O Direito para o Brasil sociambiental. LIMA, André (org.). Porto Alegre, Sergio Fabris, 2002. p.21-48

Estado e no direito constitucional, entre as principais: (i) como marco teórico, a crítica ao positivismo, que possibilita a atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana; (ii) ainda, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, na qual a função do juiz não se limita à revelação da norma, indo além, para a criação do Direito, fazendo valorações de sentido para cláusulas abertas e realizando escolhas entre soluções possíveis.

Inicialmente, analisamos os sujeitos destes direitos: os povos e comunidades tradicionais, os quais passam a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico internacional por meio de Convenções e Declarações, algumas das quais o Brasil é signatário. O principal dispositivo jurídico no ordenamento nacional é o Decreto n.º 6040/2007, que instituiu uma política pública destinada a estes povos e comunidades, do qual estudamos seus princípios e diretrizes.

Na seqüência, tratamos da relação direta e indissociável que os povos e comunidades tradicionais possuem com o meio ambiente que os cerca, razão pela qual interagem com seu território de uma maneira muito peculiar, apropriando do conhecimento e dos recursos sempre de forma coletiva e comunitária.

Finalmente, examinamos alguns aspectos do extraordinário conhecimento detido por estes povos e comunidades tradicionais, o qual muitas vezes é apropriado por terceiros de má-fé. Tratamos, ainda, dos antagonismos entre os direitos de propriedade intelectual e os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. E, por derradeiro, analisamos a forma de acesso a estes conhecimentos por terceiros, bem como algumas críticas feitas a este processo.

## 1. DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS

### 1.1 Conceito

A constituição brasileira de 1988 tem algo em comum com outras constituições do continente elaboradas a partir da década de 1980: o reconhecimento que em seus países há uma variada formação étnica e cultural, e, portanto, que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento<sup>3</sup>.

Da mesma maneira que é reconhecida a pluralidade étnica e cultural, são assegurados na Constituição de 1988 direitos coletivos, denominados de “*novos direitos*” por alguns autores<sup>4</sup>.

“*Novos*” porque não eram considerados como direitos pelo Direito da modernidade<sup>5</sup>, assentado no indivíduo, como direito individual, responsabilidade individual, vontade individual e autonomia desta vontade<sup>6</sup>. Direito, este, essencialmente patrimonialista, no qual praticamente tudo aquilo que existe pode ser incorporado ao patrimônio individual, como animais, plantas, minerais, e,

---

3 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *Multiculturalismo e direitos coletivos*. p. 73-108. In: Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3) p. 93. O autor cita que Constituição paraguaia, por exemplo, além de reconhecer a existência dos povos indígenas, declara o Paraguai um país pluricultural e bilingüe, considerando as demais línguas patrimônio cultural da nação (Paraguai, 1992, art. 140). O texto constitucional colombiano, por sua vez, estabelece que o “*Estado Colombiano reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana*” (Colômbia, 1991, art. 7). No México, é reconhecida sua “*composição pluricultural*” (1992). Em 1995, a Bolívia se define como multiétnica e pluricultural. Finalmente, a constituição da Nicarágua (1987) reconhece e tutela direitos dos povos indígenas.

4 Carlos Marés, Juliana Santilli, André Lima, Joaquim Shiraishi Neto, entre outros.

5 Adotamos a concepção de Direito da Modernidade de Paolo Grossi. Para o autor: “Às nossas finalidades preme sublinharmos unicamente o ponto essencial que distingue a modernidade jurídica: estatalidade do direito; a juridicidade vinculada à estatalidade do direito, o Estado como único sujeito histórico capaz de transformar em jurídica uma vaga regra social; o direito se manifesta unicamente na voz do Estado, ou seja, na lei, a qual –se não é formalmente a única fonte– o é materialmente porque está no vértice de uma hierarquia intransponível; (...)” in GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 52. Este período teria como eventos mais significativos a Revolução liberal francesa no final do século XVIII e a codificação do direito, no mesmo país, sob a condução de Napoleão, no início do século XIX.

6 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. p. 21-48 In: O Direito para o Brasil Socioambiental. LIMA, André (org.). Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

principalmente, a terra. O limite do patrimônio individual era justamente os bens do Estado, daí a chamada dicotomia público-privado.

Dentro desta lógica, seria impensável a introdução de um direito coletivo que não fosse o conjunto ou soma de direitos individuais, e como individual tratado. Tanto é assim que nos direitos “coletivos” do sistema jurídico moderno, quando várias pessoas são proprietárias de um bem comum, integra o patrimônio privado de cada indivíduo uma fração ideal do todo, como no caso do condomínio. Isto quer dizer que cada um é proprietário individual de uma parte da coisa, sendo mantido o princípio da individualidade e o da disponibilidade. Os raros titulares não individuais de direitos concebidos por este sistema foram criados para solucionar situações transitórias, como a massa falida e o inventário.

Os direitos coletivos não são valoráveis economicamente nem podem ser apropriados a um patrimônio individual, pois são inalienáveis. Têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela<sup>7</sup>.

Por exemplo, quando uma indústria despeja produtos químicos em um pequeno riacho. Está sendo violado, nesta hipótese, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>8</sup> de muitas pessoas, obviamente as que utilizam de forma direta ou indireta as águas daquele riacho, as que se alimentam de seus peixes ou as que simplesmente se banham lá. Mas não é possível se ter com precisão quem são os sujeitos que tiveram seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado violado.

O jurista Mauro Capelletti entende que a grande diferença entre estes direitos e os tradicionais está na relação deles com o Estado. Os tradicionais são garantidos pelo Estado, enquanto aqueles devem ser promovidos. Textualmente:

*“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja*

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Art. 225, da CF, caput: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

*proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas.”<sup>9</sup>*

Pois direitos coletivos não são fruto de uma relação jurídica específica, mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais.

Nas palavras de Marés:

*“Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.”*

O que o autor diz aqui é que os direitos coletivos não podem ser adquiridos ou integrarem patrimônio individual. Como já foi dito, são inalienáveis. Da mesma maneira, não é possível identificar a relação jurídica que lhe deu origem.

A partir destas análises acerca do que são direitos coletivos podemos tratar dos direitos “socioambientais”.

Esta expressão, “socioambiental”, surgiu quando do encontro de organizações indígenas, movimentos sociais e ambientalistas nos anos 90 e a

---

9 CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. p.41

conseqüente inter-relação dada às questões ambientais, culturais, indígenas e fundiárias brasileiras. O “*socioambientalismo*” parte da premissa de que os problemas ambientais devem ser pensados juntamente com os sociais, fundiários e étnicos. Considera as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e práticas de manejo ambiental, não como empecilho ou inimigas da preservação ambiental, mas como sujeitos de direitos intimamente relacionados ao meio ambiente onde realizam seus *modos de criar, fazer e viver*<sup>10</sup>. Contrapõe-se ao “*conservadorismo*” e o “*preservacionismo*” do movimento ambientalista tradicional<sup>11</sup>.

Entretanto, os direitos socioambientais não se revelam na Constituição de 88 por uma leitura fragmentada e compartimentalizada dos dispositivos referentes ao meio ambiente, à cultura, aos povos indígenas e quilombolas e à função social da propriedade, mas sim por uma leitura sistêmica e integrada do todo: o que alguns denominariam de uma leitura “holística”, ou seja, que não considera apenas as partes, mas a unidade axiológica-normativa presente no texto constitucional<sup>12</sup>.

Esses direitos emergiriam do texto constitucional com a aplicação dos princípios de interpretação constitucional, elencados e descritos por Canotilho<sup>13</sup>:

- Princípio da Unidade da Constituição, segundo o qual o texto constitucional deve ser interpretado de forma que evite contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. O intérprete da Constituição deve considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas como “preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios”;
- Princípio do Efeito Integrador, que é associado ao princípio da

---

10 Art. 216, inc. II, da Constituição Federal

11 SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005. A autora narra de forma detalhada toda a conjuntura histórica, política e jurídica do surgimento desta ordem de idéias, a partir da segunda metade da década de 1980.

12 SANTILLI, op. cit. p. 92.

13 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1096.

unidade da Constituição, segundo o qual a interpretação constitucional deve favorecer a integração política e social e o reforço da unidade política;

- Princípio da Máxima Efetividade ou da Eficiência, segundo o qual deve ser atribuído à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê;
- Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, que impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos tutelados pelas normas constitucionais, que forma que evite sacrifício (total) de uns em relação aos outros;
- Princípio da Força Normativa da Constituição, segundo o qual deve dar-se prioridade às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, garantam a eficácia e a permanência das normas.

O Princípio da Unidade da Constituição é justamente aquele que fundamenta a elaboração do conceito socioambiental, uma vez que este é fruto de uma interpretação unitária das normas e princípios constitucionais culturais, ambientais, étnicos e sociais, a partir de uma compreensão de que não basta proteger a biodiversidade (diversidade de espécies, genética e de ecossistemas), sem considerar a diversidade cultural que está intimamente relacionada a esta<sup>14</sup>.

O parágrafo 1º do art. 215 (Capítulo dedicado à cultura), o qual dispõe que *“o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro”*, não pode ser interpretado sem se considerar o inc. I, § 1, art. 225 (Capítulo dedicado ao meio ambiente), o qual, por sua vez, traz que ao poder público incumbe *“preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”*, pois ambos dispositivos estão diretamente relacionados, embora, à primeira vista, para o jurista tradicional não o estão. Isto porque, muitas

vezes, como neste caso, a demonstração de uma inter-relação de dispositivos ambientais e culturais é realizada a partir de conceitos de outras áreas do conhecimento, como as sociais e biológicas. Daí o receio e/ou sua não aceitação no mundo jurídico.

Tentaremos demonstrar a necessária inter-relação dos dispositivos acima citados a partir de um relato sobre um projeto político, denominado “Terreiro”, que procurou aliar conservação ambiental e preservação cultural, envolvendo casas de candomblé em Salvador, realizado pela Fundação Gregório Mattos, daquela cidade. Textualmente:

*“Para as religiões tradicionais africanas, o mundo natural não é um espaço neutro, indiferente. Pelo contrário: é uma espécie de teatro para a manifestação do sagrado. É na natureza que os deuses se manifestam. Manifestam-se em pedras, árvores, rios, grutas, lagos, etc. Deste modo, a natureza é sacralizada. É um espaço para a expressão de potências superiores. Ou, dito de modo mais incisivo: a natureza é sagrada.*

*Ao serem transplantadas para o Brasil, durante os séculos do tráfico de escravos no Atlântico Sul, algumas dessas religiões se redimensionaram, se recriaram, se reinventaram, adaptando-se à nova realidade social, antropológica e ambiental. Mas a verdade é que, em suas diversas vertentes (culto dos inquices, dos orixás, dos voduns e mesmo, mais tarde, dos caboclos), elas não perderam seus traços essenciais. Entre eles, o que foi mencionado: a visão da natureza como um espaço sagrado. Além disso, em todas as suas práticas rituais e litúrgicas, essas religiões dependem do mundo natural, dependem dos animais e das plantas. Daí a frase, hoje famosa, de um ialorixá da Bahia: “Sem folha, não há orixá”. Por isso mesmo, é claro, a preservação da natureza, das reservas vegetais, é vital para o candomblé. É*

---

14 SANTILLI, op. cit. p. 93.



*indispensável à sua existência”.*<sup>15</sup>

Alguns dos terreiros relacionados neste projeto estavam situados em segmentos da Mata Atlântica. A preservação dos seus espaços, árvores e animais é necessária em termos ambientais e culturais, portanto, uma vez que a manifestação cultural daqueles grupos é tutelada pelo parágrafo 1º do art. 215 e o ecossistema da Mata Atlântica é tutelado, entre outros, pelo inc. I, § I, do art. 225 e pelo parágrafo 4, inc. VII do mesmo artigo. Nos parece evidente a interpretação das normas aqui referidas como “preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios”.

Os “novos” direitos socioambientais se revelam, portanto, de uma interpretação unitária e sistêmica dos dispositivos constitucionais dedicados ao meio ambiente, à cultura, aos povos indígenas e quilombolas.

## 1.2 DIREITOS DO MEIO-AMBIENTE

O capítulo da Constituição sobre o meio ambiente, art. 225 e seus diversos incisos e parágrafos, assegura a todos o *“direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”*.

Este capítulo é fundamentado no princípio do desenvolvimento sustentável, conceito desenvolvido com base no relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, intitulado “Nosso futuro comum”, divulgado em 1987. Segundo tal conceito, o desenvolvimento sustentável é *“aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades”*.<sup>16</sup>

---

15 GIL, Gilberto. *Algumas notas sobre cultura e ambiente*. In: TRIGUEIRO, André (coord). Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. RJ: Sextante, 2003. p. 45-57.

16 Santilli. op. cit. pg. 58 – Outros conceitos desenvolvidos no Relatório das Nações Unidas, “Nosso futuro comum” (coordenado pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland), tais como o direito fundamental ao meio ambiente sadio, a equidade entre gerações, manutenção dos ecossistemas e processos essenciais para o funcionamento da biosfera, avaliações ambientais prévias e a divulgação de informações ambientais, foram incorporados ao texto constitucional.

Tanto assim que o art. 225, *caput*, em sua frase final, impõe “ao poder público a à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações”.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seria considerado como um direito humano de “terceira geração”, de caráter coletivo, diferenciando-se dos direitos de “primeira geração”, que são os direitos civis e políticos, de natureza individual e vinculados à liberdade, à igualdade e à propriedade, e dos direitos humanos de “segunda geração”, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, associados ao trabalho, saúde, educação.<sup>17</sup>

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado ainda “bem de uso comum do povo” e essencial à sadia qualidade de vida. O Código Civil divide os bens em público e particulares, consequência prática da dicotomia público-privado.

Os bens públicos são divididos pelo Código em: de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviços públicos; e dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.<sup>18</sup>

Entretanto, os bens ambientais não devem ser considerados como bens públicos “stricto sensu”, ou seja, simplesmente de domínio público. A concepção civilista dos bens, baseada na dicotomia entre bens públicos e privados, foi superada pela doutrina ambiental moderna.

Conforme José Afonso da Silva, os bens ambientais são bens de interesse público, independentemente da propriedade (pública ou privada) que incida sobre eles. Isto implica em uma limitação no direito de propriedade sobre eles. Ficam subordinados, segundo o autor, a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina teria dois objetivos: controlar-lhes a circulação

---

<sup>17</sup> Esta teoria das “gerações de direitos” passou a ser criticado por parte da doutrina, por induzir ao equívoco de uma idéia de substituição ou hierarquização dos direitos, a qual prefere o termo “dimensão”. Representantes, dentre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. SP: Malheiros, 1997; Sarlet, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

jurídica ou controlar-lhes o uso, *“de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controla e os de uso controlado”*.

Desta forma, logo após classificar estas duas categorias de bens de interesse público, o autor afirma:

*“São inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar, etc...)”*<sup>19</sup>

Além do princípio do desenvolvimento sustentável, a doutrina desenvolveu, dentre outros, os seguintes princípios de direito ambiental<sup>20</sup>:

- O Princípio da Precaução, ou princípio da prudência ou cautela, segundo o qual *“quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”*, conforme a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (Princípio 15);
- O Princípio da Responsabilidade, segundo o qual *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*, consagrado no parágrafo 3º, art. 225, da Constituição;

---

18 Artigo 99 do Código Civil de 2002.

19 AFONSO DA SILVA, José. *Direito Ambiental Constitucional*. 2 ed. SP: Malheiros, 1997.p.56.

20 A doutrina não é uniforme em relação aos princípios do direito ambiental, sendo utilizados diferentes termos. Há também divergências em relação aos próprios princípios. Ver a respeito SANTILLI, Juliana, obra já citada; LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 11 ed. SP: Malheiros, 2003. p.87 e ss.

- O Princípio da Cooperação, segundo o qual os diversos entes públicos e privados, nacionais e internacionais devem agir em conjunto para tratar das questões ambientais.

O capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente estabelece ainda que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público:

- Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético;
- Definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedado qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- Exigir para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental;
- Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente;
- Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- Proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Estabelece ainda o texto constitucional a obrigação daquele que explorar recursos minerais de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão competente (§ 2). Declara a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal e a Zona Costeira como patrimônio nacional, estabelecendo que sua utilização deve ser feita de maneira que assegure a preservação do meio ambiente (§ 4). Estipula ainda que as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado necessárias à proteção dos ecossistemas naturais são indisponíveis (§ 5). Finalmente, determina que as usinas nucleares tenham sua localização definida por lei federal, do contrário não podem ser instaladas (§ 6). Em síntese, estas são as disposições do capítulo do meio ambiente.

Entretanto, a questão ambiental não é tratada apenas neste capítulo da Constituição. Está presente em diversos outros, como no da atividade econômica ou no dedicado ao desenvolvimento agrário.

Assim é que entre os bens da União estão arroladas as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental, a serem definidas em lei, conforme o art. 20, inc. II da Constituição.

Já o art. 91, § I, inc. III, ao relacionar as competências do Conselho de Defesa Nacional, estabelece que este deve opinar sobre o efetivo uso de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer espécie.

No rol de atribuições institucionais do Ministério Público, previsto no art. 129, está expressamente incluída a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No art. 170, entre os princípios gerais da atividade econômica, está elencada a defesa do meio ambiente, assim como a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais, entre outros.

Da mesma forma, o art. 174, § 3, determina que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção

do meio ambiente, vinculando aquela com normas ambientais.

O capítulo da Constituição dedicado à política agrícola e fundiária e à reforma agrária, art. 184 e ss., estabelece que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente aos seguintes requisitos, conforme o art. 186 e respectivos incisos: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; aproveitamento racional e adequado; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Já no capítulo dedicado à política urbana é estabelecido que a política de desenvolvimento urbano deve ter por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Embora não haja expressa menção ao meio ambiente, este nos parece ser um caso em que “valores ambientais” estão em “*penumbra constitucional, passíveis de descoberta*”<sup>21</sup>, uma vez que o bem-estar dos humanos está diretamente relacionado com o meio em que vivem. A regulamentação deste capítulo foi estabelecida pelo Estatuto das Cidades, Lei n.º 10.257/2001, quando daí sim houve expressa menção ao meio ambiente.

Podemos mencionar, também, o art. 200, incisos VII e VIII, os quais tratam do controle e fiscalização pelo Sistema Único de Saúde (SUS) da produção, transporte e guarda de substâncias tóxicas e radioativas, bem como da “*colaboração na proteção ao meio ambiente*”, respectivamente. Talvez um dos maiores exemplos da estreita relação entre saúde e meio-ambiente seja a enorme quantidade de pessoas vítimas de doenças transmitidas por meio da água e associadas à falta de saneamento básico.

A questão ambiental permeia todos estes dispositivos aqui relacionados, assim como outros, revelando a necessária de uma leitura e interpretação sistêmica e unitária da Constituição.

---

21 MAGALHÃES Jr., Renato. *Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do direito norte-americano*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da

### 1.3 DIREITOS CULTURAIS

Pode se dizer que o multiculturalismo<sup>22</sup> permeia os dispositivos constitucionais dedicados à cultura. Está presente precisamente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos, assim como no conceito de patrimônio cultural, o qual é constituído dos bens culturais referenciadores destes diversos grupos. Da mesma forma, no tombamento constitucional dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

O art. 215, caput, dispõe que o Estado *“garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”* e *“incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”*. Mas é em seu parágrafo 1º que o multiculturalismo se revela, pois é neste dispositivo que está expressamente garantido a proteção dos direitos culturais de diversos grupos diferenciados culturalmente. Textualmente:

*“O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. (art. 215, § 1)*

Este dispositivo constitucional rompe com o histórico processo de “assimilação” e “integração” das diferenças em uma “sociedade pacífica e doce”, regida por “justas e humanas leis”.<sup>23</sup>

---

Faculdade de Direito da USP, 1990, p. 126, apud AFONSO DA SILVA, José. op. cit. p. 26

22 Adotamos aqui o conceito de multiculturalismo de BOAVENTURA. Segundo o autor, é possível se fazer uma distinção entre multiculturalismo conservador e multiculturalismo emancipatório. Este último, conceito adotado neste trabalho, teria como pressuposto que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença, e seria possibilitado pelo o que o autor denomina “hermenêutica diatópica”, a qual, por sua vez, teria como “imperativo cultural”: “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolismo multicultural*. V. III: Reinventar a Emancipação Social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-458

23 Estes termos estão presentes na obra MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008. O autor descreve com minúcias o histórico de desrespeito e violências à cultura e aos direitos indígenas no Brasil, a partir da chegada dos colonizadores. Autores, dentre

No artigo seguinte, art. 216, é estabelecido que:

*“Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

*I – as formas de expressão;*

*II – os modos de criar, fazer e viver;*

*III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*

*IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*

*V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”*

As disposições destes artigos permitem que se afirme o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, uma vez que são assegurados aos diversos grupos formadores da sociedade o exercício pleno de suas identidades próprias, permitindo-lhes viverem conforme sua cultura e tradição, possibilitando-os a liberdade de escolherem seu próprio destino.

José Afonso da Silva observa que a introdução do princípio democrático no Estado de Direito implica em que os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e étnicos que compõem a população brasileira passem a fazer parte dos direitos fundamentais, a que o Estado obriga-se a resguardar e proteger.<sup>24</sup>

Na mesma linha, Canotilho afirma que a proteção dos direitos culturais há de ser a mais ampla possível, estando a exigir a garantia de participação plena do

---

muitos outros, que tratam do tema: CASAS, Frei Bartolomé de Las. *Brevíssima relação da destruição das Índias. O paraíso perdido*. 4 ed. Porto Alegre: L&M, 1985; SCORZA, Manuel. *O cavaleiro insole*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979; RIBEIRO, Darcy. *O Índio e a Civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1982; CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura, 1992.

24 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997



todos os segmentos da sociedade, sem qualquer exclusão.<sup>25</sup>

Foi com esse entendimento que a Constituição de 88 reconheceu, protegeu e enalteceu a diversidade cultural brasileira, tutelando os valores indígenas, afro-brasileiros e de outros grupos étnicos. A concepção de cultura adotada pela Constituição é muito mais ampla em relação às constituições anteriores, as quais a reduziam a sua forma monumental.<sup>26</sup>

A constituição de 1934 tratava do tema em dois artigos: *“Proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.”* (art. 10, inc. III) e *“Cabe à União, aos Estados e Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalho intelectual.”* (art. 148)

A constituição de 1937 era mais sucinta ainda e apenas trazia que: *“Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.”*(art.134)

A constituição de 1946 também tratava do tema da cultura bem resumidamente, dispondo que: *“O amparo à cultura é dever do Estado.”* (art. 174) e *“As obras, os monumentos e os documentos de valor histórico, artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Estado.”* (art. 175)

A constituição de 1967, e a emendada de 1969, traziam o mesmo texto referente à matéria, tratada no art. 172 naquela e no art. 180 nesta: *“O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único: Ficam sob a proteção do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.*

Para os textos constitucionais anteriores ao de 1988, portanto, a

---

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit.

26 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3 ed. Curitiba: Juruá

concepção de cultura era reduzida a monumentos, paisagens, documentos ou jazidas arqueológicas.

A constituição de 1988 foi muito mais profunda do que todas as outras. A cultura protegida nesta é a praticada, criada e representada pelos diversos grupos brasileiros. O critério para a avaliação do caráter cultural de um bem não é mais a “monumentalidade”, mas o fato de ser uma referência cultural, isto é, ser representativo ou evocativo de cultura.<sup>27</sup>

Neste sentido, em parecer acerca do Decreto 3912/2001<sup>28</sup>, Deborah Duprat, referindo ao art. 68 do ADCT, afirma:

*“(...) Este dispositivo, por sua vez, insere-se na seção da Constituição dedicada à cultura, a qual tem como princípio retor: a nacionalidade brasileira se forma a partir de grupos étnicos diferenciados, grupos com histórias e tradições diversas, cabendo ao Estado protegê-los e garantir espaço e permanência para esta diferenciação.*

*Parece-nos indene de dúvidas de que esta seção destinada a tratar da cultura revela nova compreensão acerca do tema, tomando a expressão CULTURA não mais em sua acepção meramente folclórica, monumental, arquitetônica e/ou arqueológica – nota dos textos constitucionais pretéritos – mas o conjunto de valores, representações e regulações de vida que orientam os diversos grupos sociais, numa visão que não se remete mais ao passado, mas, ao contrário, se orienta e se renova no presente.”<sup>29</sup>*

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 64.

<sup>28</sup> O referido Decreto atribuía competência à Fundação Cultural Palmares para delimitar as terras dos quilombolas, estabelecendo que somente poderia ser reconhecida a propriedade sobre terras ocupadas por quilombos em 1888 que ainda estivessem ocupadas pelos quilombolas em 8 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, restringindo a eficácia do art. 68 do ADCT. Tal Decreto foi revogado expressamente pelo Decreto n.º 4.887/2003, o qual não adota uma concepção restrita da expressão remanescentes das comunidades de quilombos, como se verá.

<sup>29</sup> DUPRAT, Deborah. *Breves considerações sobre o Decreto 3912/2001*. In DUPRAT, Deborah (org.). *Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

A partir desta compreensão de cultura o conceito de patrimônio cultural adotado pela Constituição de 88 engloba não mais somente bens materiais ou tangíveis, mas também os bens imateriais ou intangíveis, incluindo formas de expressão, modos de criar, fazer e viver, criações científicas artísticas e tecnológicas.

Esta concepção abrangente parte da premissa de que não é possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam (a sua dimensão imaterial) e, da mesma forma, não se pode entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá suporte.<sup>30</sup>

Os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentares e agrícolas.<sup>31</sup> Como veremos mais adiante, os dispositivos constitucionais dedicados à proteção dos direitos étnicos dos índios se preocuparam em tutelar a dimensão imaterial de seu patrimônio e cultura. Tanto assim, que são assegurados não somente as terras indígenas tradicionalmente ocupadas e os recursos naturais nelas existentes, mas também os seus costumes, línguas, crenças e tradições.

A constituição criou novas formas de proteção ao patrimônio cultural, como o inventário, o registro, a vigilância, e possibilitou a criação, pelo poder público, de outros modos de proteção.<sup>32</sup> Assim é que o governo federal editou o Decreto n.º 3.551/2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividindo

---

30 MINISTÉRIO DA CULTURA, IPHAN E FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. *O registro do patrimônio imaterial. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial*. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, julho de 2003. p. 125

31 SANTILLI, Juliana. op. cit. p. 78

32 Art. 216, § 1: “O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

o registro no Livro dos saberes, Livro das celebrações, Livro das formas de expressão e Livro dos lugares.

Pode-se dizer que a Constituição, ao expandir os conceitos de cultura e bem cultural, adotou uma concepção de meio ambiente a qual compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais. É o que se deduz de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais referentes à cultura e ao meio ambiente, aqui tratados. Este é o entendimento de parte da doutrina. José Afonso da Silva afirma:

*“O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.*

*O meio ambiente, é assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A interação busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.”<sup>33</sup>*

No mesmo sentido, o entendimento de Carlos Marés:

*“O meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de humanos. Desta forma, para compreender o meio*

---

33 AFONSO DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2

*ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo.”*

Alguns destes elementos existem independentemente da ação do homem: os chamamos de “*meio ambiente natural*”; outros são fruto da sua intervenção e os chamamos de “*meio ambiente cultural*”.<sup>34</sup>

De acordo com estes entendimentos, os bens ambientais seriam gênero, do qual os bens culturais e naturais seriam espécies. Esse entendimento nos parece correto. Portanto, quando a Constituição protege o patrimônio natural e o cultural está protegendo duas faces de uma mesma moeda: o patrimônio ambiental.

#### **1.4 DIREITOS ÉTNICOS DOS ÍNDIOS**

A Constituição de 88 revolucionou a relação entre o Estado e os povos indígenas, essencialmente pelo fato de reconhecer o direito dos índios de permanecerem para sempre índios, encerrando 5 séculos de uma política oficial integralista, conforme Carlos Marés.<sup>35</sup>

O autor entende que o texto constitucional avançou significativamente em relação a todo sistema anterior porque: ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; conceituou terra indígena não somente como aquelas necessárias à habitação, mas também à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinião sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o postular em juízo; estabeleceu mais garantias em relação à exploração de recursos naturais, especialmente os minerais,

---

34 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *Bens Culturais e sua proteção jurídica*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2005 p.15

35 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1998 p. 90

exigindo prévia anuência do Congresso Nacional; proibiu a remoção de grupos indígenas, sendo do Congresso o estudo das eventuais exceções; e, acima de tudo, chamou os índios de índios e lhes garantiu o direito de continuarem a sê-lo.

Carlos Marés resume as premissas em que se assentam o tratamento dado pela Constituição aos povos indígenas em: o reconhecimento dos seus direitos originários, ou seja, reconhece-se que os povos indígenas têm direitos anteriores ao Estado; a exclusividade do uso sobre suas terras, entendendo-se que delas dispõem como território e não como propriedade; e, finalmente, proteção e garantia do Estado para que os índios vivam segundo seus direitos originários e não sejam usurpados pelo próprio Estado que os protege, por outros Estados ou por cidadãos de qualquer Estado.

O capítulo dedicado aos índios, artigos 231 e 232 e respectivos incisos e parágrafos, garante direitos permanentes e não mais transitórios, rompendo, portanto, com a ideologia integralista, a qual pode ser constatada, por exemplo, em dispositivos do Código Civil de 1916 ou do Estatuto do Índio, ainda em vigor, que referiam-se à “*integração dos índios à comunhão nacional*” ou à sua “*adaptação à civilização do país*” como objetivos a serem atingidos.

Nas palavras de Araújo:

*“À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre estes povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois se funda na garantia*

*do direito à diferença.*<sup>36</sup>

Talvez o principal direito assegurado pela Constituição aos povos indígenas seja os direitos originários “sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, definidas pelo texto constitucional como as terras “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades reprodutivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.<sup>37</sup> Pois é somente em seu território que um povo consegue viver segundo sua cultura e tradição, conforme explicaremos mais adiante.

Há ainda outros dispositivos constitucionais que tratam da questão indígena. O art. 20, inc. XI, arrola as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bens da União. O Art. 22, inc. XIV, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas. O art. 49, inc. XVI, estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas. O art. 109 fixa a competência dos juízes federais para processar e julgar disputas sobre direitos indígenas. Finalmente, o art. 210, § 2, assegura às comunidades indígenas a “*utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem*”. Tal dispositivo trata da transmissão das línguas indígenas às novas gerações e é diretamente relacionado com o art. 215, § 1, o qual dispõe que o Estado deve proteger as manifestações culturais dos povos indígenas.

A constituição ainda estabelece que “*os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo*”<sup>38</sup>, ou seja, foi assegurada aos índios o direito de ingressarem um juízo sem a necessidade de assistência de qualquer ente administrativo, como indivíduos, por meio de

---

36 ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento. In: SANTILLI, Juliana (org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 228

37 Art. 231, § 1, da CF.

38 Art. 232, caput, da CF.

organizações ou como comunidades, para defender seus direitos coletivos.

### 1.5 DIREITOS ÉTNICOS DOS QUILOMBOLAS

O regime jurídico da chamada questão quilombola tem disciplina direta no art. 68 do Ato das Disposições Transitórias: *“Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”*

De maneira reflexa se aplicam os dispositivos dos artigos 215, § 1, e 216, §§ 1 e 5, do texto constitucional:

*“Art. 215, § 1: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”*

*“Art. 216, caput :Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)*

*§ 1: O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...)*

*§ 5: Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”*

Compreender a questão quilombola exige, antes de tudo, entender o conceito de quilombo. Ao tratar do tema, Volkmer ensina:

*“(...) a noção de quilombo que a Constituição parece ter adotado abrange, pelo seu próprio sentido e pelo princípio da*



*máxima efetividade, certamente mais do que isto, pois, ao reconhecer aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras que ocupam, refere seguramente o universo representativo do fenômeno que originalmente aconteceu por obra da resistência, mas que também se desenvolveu ao longo do tempo formando comunidades com interesses e valores comuns, inclusa aí a necessidade de resistir e lutar contra as discriminações decorrentes da escravidão.*<sup>39</sup>

O autor explica que a definição oficial de quilombo, portanto, assentada na resposta da consulta do Conselho Ultramarino em 1740 (*“toda a habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”*), que influenciou e influencia as diversas maneiras de se tratar o assunto, perde seu significado já que quilombo no sentido constitucional moderno desprende-se do conteúdo penal para consolidar-se como conceito *“sócio cultural”*.<sup>40</sup>

Desta maneira, quando o texto constitucional menciona *“aos remanescentes das comunidades de quilombos”* quer referir-se aos indivíduos, agrupados em maior ou menor número, *“que pertençam ou pertenciam a comunidades”*, e que *“viveram ou vivam na condição de integrantes delas, como repertório das suas tradições, cultura, língua e valores, historicamente relacionados ou culturalmente ligados ao fenômeno sócio cultural quilombola”*.

O que se pretende com esta interpretação é não ignorar as várias situações da vida e da cultura dos descendentes de (ex)escravos que não fugiram ou não se exilaram nas matas, em resistência aos capitães do mato e aos fazendeiros escravistas, reconhecendo que aqueles também são verdadeiros remanescentes das comunidades de quilombos, enquanto a elas *“ontologicamente”* ligados.

---

39 VOLKMER DE CASTILHO, Manoel Lauro. *Parecer n.º: AGU/MC-I/2006 – Processo n.º 00400.002228/2006-25*. in DUPRAT, Deborah (org.). *Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. P. 41-75

40 O autor menciona a obra BERNÓ DE ALMEIDA, Alfredo Wagner. *Quilombos e as novas etnias*. In: O'DWYER, Eliane Cantanno (org.). *Quilombos identidade étnica e territorialidade*. p. 47. ABA FGV, 2002.

Entende-se, portanto, que “quilombo” é mais do que a simples expressão de um certo território no qual em uma certa época alguns escravos ou ex-escravos, fugidos ou não, se reuniram para viver e resistir contra a recaptura ou contra a escravidão ou. A noção de quilombo não se alcança por simples interpretação jurídica, pois é fortemente dependente de investigações, estudos e pesquisas na área de antropologia, sociologia e história, sem as quais não se pode alcançar o exato sentido do termo.

Decorre exatamente disto a dificuldade dos juristas em geral de compreenderem o tema. Especialmente a questão referente às terras quilombolas.

Assim como no caso das terras indígenas, a maioria dos juristas parece não entender que para os quilombolas a terra possui um significado completamente diferente da que ela apresenta para a sociedade envolvente. Mais que moradia, representa elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica.<sup>41</sup>

De acordo com esta ordem de idéias, a ocupação referida pelo art. 68 do ADTC constitui conceito mais abrangente que a mera expressão geográfica dos terrenos ocupados, pois precisa envolver o “*direito pleno ao exercício dos direitos culturais*” e a “*difusão das manifestações culturais*” (art. 215, caput) das respectivas comunidades, na condição de “*grupos formadores da sociedade brasileira*” (art. 216, caput), sendo que seu patrimônio cultural protegido inclui “*bens de natureza material e imaterial*” portadores de “*referência à identidade, à ação, à memória*” (art. 216, caput), nos quais se incluem “*formas de expressão*”, “*modos de criar, fazer e viver*” e “*criações científicas, artísticas e tecnológicas*” (art. 216, incisos I, II e III, respectivamente).

---

41 SARMENTO, Daniel. *A Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação*. p.83 in DUPRAT, Deborah (org.). *Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. Sobre a importância do território para as comunidades tradicionais, o autor menciona decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida no caso Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai, em 17 de junho de 2005, quando a Corte observou que “a garantia dos direitos de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades

## 1.6 BENS SOCIOAMBIENTAIS

A definição de bem socioambiental é baseada na concepção de que o meio ambiente deve ser entendido não apenas como a natureza, mas também as modificações feitas nela pelos seres humanos. Assim, o meio ambiente seria composto pela terra, água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e *“os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de humanos”*, assim como a *“forma e os meios de se comunicar”*, os *“saberes e os fazeres”*, a *“reprodução física e cultural”*, ou *“conhecimento coletivo sobre a própria história e natureza em que vive”*.<sup>42</sup>

Com este entendimento, Marés define os bens socioambientais da seguinte forma:

*“Os bens socioambientais são todos aqueles que adquirem essencialidade para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade). (...)”*

*Seriam bens socioambientais, portanto, todos aqueles bens necessários à manutenção da biodiversidade e sociodiversidade, as quais comporiam o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou que sejam evocativos, representativos ou portadores de referência à memória das culturas e o conhecimento coletivo. Estes bens são assim reconhecidos por lei, ato administrativo ou sentença judicial, o que vale dizer, que quando ainda não reconhecidos podem vir a sê-lo por ato judicial, quando a Administração Pública não o faz. Portanto existem no mundo jurídico, são objeto de direito.”<sup>43</sup>*

---

indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”.

42 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. In: LIMA, André (org) *O Direito para o Brasil Socioambiental*. p. 38

43 Ibid.

O autor ainda explica que todo bem socioambiental possui pelo menos duas expressões jurídicas, comportando, assim, uma *“dupla titularidade”*. A primeira seria a do *“próprio bem, materialmente tomado”*. A segunda seria sua *“representatividade, evocação, necessidade ou utilidade ambiental e a relação com os demais”*, compondo o chamado meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, a primeira titularidade seria o direito de propriedade (público ou privado) sobre o bem. A segunda seria o direito coletivo à sua preservação.

Como exemplo desta construção teórica, utiliza a hipótese de um quadro o qual integra o patrimônio artístico local ou nacional. O proprietário da tela possui o direito de propriedade. Ocorre que sobre esta *“repousa a especial proteção de um bem cultural”* (artístico), oriundo de um direito coletivo à sua preservação. Mesmo que o proprietário da tela fosse um ente público a dualidade continuaria, porque o ente público não é o titular do direito coletivo, o qual pode ser inclusive exercido contra ele<sup>44</sup>.

Ou seja, seja o bem privado ou público, o direito de propriedade sobre eles é exercido com limitações e restrições, tendo em vista o direito coletivo existente de que o bem cultural seja preservado.

Marés também afirma que a limitação imposta a estes bens é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela função social da propriedade, pois enquanto este produz obrigações pessoais aos proprietários para tornarem *“socialmente úteis”* suas propriedades, aquela modifica a *“essência”* do bem, passando o Poder Público a controlar o *“uso, transferência, modificabilidade e a conservação da coisa”*, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário.

---

44 Ibid.

## 2. POVOS TRADICIONAIS

### 2.1 Fim da Invisibilidade

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 reconhece o país como um Estado pluriétnico e multicultural, e que todo o Direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como *“referência inafastável”*.<sup>45</sup>

A carta constitucional, já em seu preâmbulo, o qual, se não tem força normativa, norteia seus princípios e interpretações, reconhece expressamente a diversidade social e cultural quando dispõe:

*“(...) um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”*

Ao tratar do tema, José Afonso da Silva afirma:

*“A Constituição opta pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais.”*<sup>46</sup>

Em seu artigo 215, a Constituição determina que o Estado garantirá a

---

45 DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da pluriétnicidade e multiculturalidade*. In: Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus: UEA: 2007. p. 9

46 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. SP: Malheiros, 2007. p. 143.

todos “o pleno exercício dos direitos culturais”. Como sinais distintivos da identidade dos diversos “grupos formadores da sociedade brasileira”, inclui, dentre outros, suas formas de expressão e seus modos de criar, fazer e viver (art.216, I e II).

Percebe-se, como já exposto, que a ordem constitucional adota uma concepção ampla do termo cultura, não mais restrita em uma acepção meramente folclórica, monumental, arquitetônica ou arqueológica (como nas Constituições anteriores), mas como um conjunto de valores, significados e representações portadores de identidades e modos de viver dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, “numa visão que não se remete mais ao passado, mas, ao contrário, se orienta e se renova no presente”.<sup>47</sup>

Com este entendimento, pode-se afirmar que a seção da Constituição brasileira determinada à Cultura tem como princípio que a nacionalidade brasileira se forma a partir de grupos étnicos diferenciados, grupos com histórias e tradições diversas, cabendo ao Estado protegê-los e garantir espaço e permanência para essa diferenciação<sup>48</sup>.

Tanto assim que a carta constitucional assegura, de maneira expressa, aos índios e aos quilombolas direitos específicos. Em relação aos índios, foi dedicada uma seção, a qual corresponde aos artigos 231 e 232, na qual são reconhecidos seus costumes, sua organização social, suas línguas, crenças e tradições, bem como seus direitos originários sobre suas terras tradicionalmente ocupadas. Aos quilombolas reconhece as titularidades das terras que ocupam, conforme o art. 68 do ADCT.

O reconhecimento e a efetivação destes direitos é objeto de intensas mobilizações sociais, protagonizadas pelos povos indígenas, quilombolas, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco babaçu, ribeirinhos, faxinalenses, comunidades de fundo de pasto, dentre outros.<sup>49</sup>

O reconhecimento jurídico-formal das diferenças étnicas e culturais das

---

47 DUPRAT, Deborah. *Breves considerações sobre o Decreto 3.912/2001*. In: Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. DUPRAT, Deborah (org.) op. cit.. p. 34

48 Ibid

49 A propósito ver ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais livres”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

sociedades ocorreu também no plano internacional, por meio de diversas Declarações e Tratados que tratam do tema, muitas das quais o Brasil é signatário.

Dentre estas, as mais relevantes são a Convenção n.º 169, da OIT, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992 e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005.

Antes de tratarmos destes dispositivos jurídicos internacionais, temos de compreender suas forças normativas no sistema jurídico brasileiro. Enquanto as Declarações servem como princípios jurídicos, os quais orientam instrumentos e ações, as Convenções, por sua vez, geram obrigações, pois são Tratados, vinculando os países na ordem internacional e impondo sanções em caso de descumprimento das normas acordadas<sup>50</sup>.

A incorporação de Tratados Internacionais ao sistema jurídico nacional é matéria reservada aos Estados, por isso, as exigências podem variar de Estado para Estado. A simples assinatura de um Tratado não produz efeitos jurídicos imediatos para o país. O Tratado somente produz efeitos jurídicos quando recebido pelo ordenamento jurídico nacional.

No Brasil, a aplicação dos Tratados está sujeita a uma série de procedimentos no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. Após a negociação e assinatura, a qual é de competência do Poder Executivo (art. 84, inc. VIII, da CF), o Tratado é encaminhado ao Poder Legislativo para ratificação por meio de Decreto Legislativo (art. 49, inc. I, da CF). Na sequência deste processo há o ato de promulgação, realizado pelo Executivo por meio de Decreto. A partir de então, o Tratado passa a ter validade e produzir efeitos jurídicos.

---

50 SHIRAISHI NETO, Joaquim. *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Joaquim Shiraishi

## 2.2 CONVENÇÃO 169 - OIT

Destes documentos internacionais, talvez, o principal deles, é a Convenção 169 da OIT, que pode ser considerado um marco jurídico que possibilitou o reconhecimento jurídico-formal dos povos tradicionais, retirando-os da invisibilidade perante o Direito.

A Convenção n.º 169 foi adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989, entrando em vigor em 1991, após ter sido ratificada por 2 Estados membros.

No Brasil demorou 13 anos para a sua ratificação, ocorrida por meio do Decreto Legislativo n.º 143, de 20/06/2002. A Convenção entrou em vigor em 2003, tendo sido promulgada pelo Decreto presidencial n.º 5.051 de 19 de Abril de 2004.

Já em suas considerações iniciais e exposição de motivos afirma que “é eliminada a orientação integracionista das normas anteriores” (fazendo expressa menção à Convenção n.º 107, de 1957), “reconhecendo as aspirações destes povos de exercerem o controle de suas próprias instituições, de seus modos de vida e de seu desenvolvimento econômico, e manterem e fortalecerem suas identidades, línguas e religiões.”<sup>51</sup>

Ou seja, a Convenção reconhece a autodeterminação dos povos. Reconhece o direito que têm de escolherem seu destino, viverem suas vidas, falarem suas línguas, rezarem para seus Deuses. O direito de serem e continuarem sendo um povo.

Esse entendimento é completamente o oposto à ordem de idéias do Estado moderno, absoluto e homogêneo, formado por um só povo, uma só cultura, uma só língua e em só Direito, onde o processo de integração dos povos e culturas diversas à “*comunhão nacional*” era tido como certo, inevitável e irreversível<sup>52</sup>. Tanto

---

Neto, org. Manaus: UEA, 2007. p. 36

51 O texto da Convenção 107-OIT, de junho de 1957, foi acessado pelo site do Ministério público Federal, 6 Câmara de Coordenação e Revisão: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/> Último acesso em 01/10/2008.

52 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. op. cit.



assim que a Convenção n.º 107, de 1957, a partir desta ordem de idéias, tratava da *“integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi-tribais”*, pois considerava que muitas destas populações *“não se acham ainda integradas na comunhão nacional”* por estarem *“à margem do progresso da comunidade nacional de que fazem parte”*.

A antiga Convenção utilizava o termo *“populações”* e disponha que suas normas eram destinadas a estes grupos *“tribais ou semi-tribais”* os quais encontrariam-se em *“um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional”*, numa clara e expressa orientação historicista, segundo a qual há um progresso linear e gradual nas sociedades humanas, estando a sociedade europeia ocidental em seu mais evoluído estágio, e os povos *“tribais ou semi-tribais”* em mais inicial, primitivo e selvagem.

Em seu artigo 2º, a Convenção de 1957 tratava dos programas a serem adotados pelos governos para a realização da *“integração progressiva”*, os quais deveriam ter como objetivos *“o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo”*, em outra clara demonstração da necessidade de se “integrar” os diferentes na comunhão social.

A Convenção n.º 169, por sua vez, utiliza o termo *“povo”*, é destinada aos *“povos indígenas”* e *“aos povos tribais (...) cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”*, não fazendo qualquer distinção entre ambos.

Arrola como objetivo *“promover a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais destes povos, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e as suas instituições”*.

Desta forma, a Convenção 169-OIT, além de ser um Tratado, trata de matéria relacionada aos direitos dos “povos indígenas ou tribais”, tidos como fundamentais.<sup>53</sup> Este entendimento de que o direito dos povos indígenas e tribais é

---

53 SHIRAISHI NETO, Joaquim. *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Joaquim Shiraishi Neto

direito fundamental tem conseqüências importantes, entre as quais a sua aplicação imediata, de acordo com o art. 5, § I, da CF, não sendo necessário nenhum dispositivo que o regule.

É o parágrafo 2º, do art. 5, da CF, que garante a possibilidade de recepção dos direitos enunciados nesta Convenção, ao conferir aos Tratados que versam sobre questões relacionadas aos direitos fundamentais natureza hierárquica de norma constitucional e de aplicação imediata.

A Convenção 169-OIT adota como “*critério fundamental*” para a determinação dos povos aos quais se aplica o critério da consciência, ou seja, da auto-identificação. Em outras palavras, é o próprio grupo que se auto-identifica como culturalmente diferenciado da sociedade envolvente, conforme o item 2, do art. I, da Convenção:

*“A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.”*

Assim, a Convenção não define a priori quem são esses “povos indígenas e tribais”, apenas oferece instrumentos para que o próprio sujeito se auto-defina, como o da “consciência de sua identidade”.<sup>54</sup>

No Brasil, não há “povos tribais” no sentido em que há em outros países, especialmente na África, mas existem grupos sociais distintos que vivem na sociedade brasileira os quais se aproximariam desta noção. O significado de “tribal” aqui deve ser considerado “*lato sensu*”, envolvendo grupos como seringüeiros, quebradeiras de coco, ribeirinhos, faxinalenses, comunidades de fundos de pasto, caiçaras, dentre outros.<sup>55</sup>

---

(org.) op. cit. p. 41

<sup>54</sup> O mesmo critério é utilizado para as comunidades remanescente de quilombos e pelo Decreto n.º 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

<sup>55</sup> SHIRAISHI NETO, Joaquim. op. cit. p. 46

Porque a Convenção entende os povos tradicionais como sujeito de direitos, e não mais objeto de direito do Estado de formar uma nação una e homogênea, em vários de seus dispositivos trata da necessidade da consulta e participação destes povos em todas e quaisquer *“medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”*, mediante procedimentos apropriados, *“principalmente por meio de suas instituições representativas”*, como estudos para se avaliar o *“impacto social, espiritual, cultural e ambiental”* que estas medidas ou *“planejadas atividades de desenvolvimento”* possam ter sobre os povos.

Mas são as disposições trazidas nos arts. 14 e 17 as de maior relevância para os povos tradicionais. No primeiro são reconhecidos os direitos de *“propriedade e posse”* dos povos tratados pela Convenção *“sobre as terras que ocupam tradicionalmente”*, bem como o direito de *“usar terras que tenham tradicionalmente tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência”*. No segundo, dispõe-se que deverão ser respeitadas as modalidades estabelecidas pelos povos tradicionais para a transmissão entre seus membros dos direitos sobre as terras.

A importância fundamental de se assegurar aos povos direitos de propriedade e posse vem do fato de que a terra é absolutamente essencial para sua existência enquanto povo, como se analisará mais adiante.

### 2.3 DECLARAÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE CULTURAL<sup>56</sup>

A Declaração sobre a Diversidade Cultural, por sua vez, reafirma o conceito amplo do termo cultura, para além de uma concepção como mero processo de criação e produção artística e intelectual. A cultura é relacionada à realização existencial das pessoas, conforme depreende-se de seu preâmbulo:

*“Reafirmando que a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um*

---

<sup>56</sup> Aprovada por unanimidade na 31ª reunião da Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, Ciência e

*grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.”*

O reconhecimento do pluralismo está presente em seu art. 1º, quando afirma que “a cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade” e, em seu art. 2º, que “o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública”.

Em seu art. 4º, dispõe que a defesa da diversidade cultural “é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana”, e reafirma os direitos culturais como direito humano fundamental em seu art. 5º, o qual dispõe:

*“Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”*

O reconhecimento expresso dos direitos dos povos consta no art. 4º, o qual traz que “os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones”, e no art. 6º, que dispõe: “deve-se cuidar para que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas. A liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, o multilingüismo, a igualdade de acesso às expressões artísticas, ao conhecimento científico e tecnológico – inclusive em formato digital - e a

*possibilidade, para todas as culturas, de estar presentes nos meios de expressão e de difusão, são garantias da diversidade cultural”.*

A Declaração também reconhece e protege os conhecimentos dos povos tradicionais<sup>57</sup> de maneira expressa no art.14, que traz a seguinte disposição: *“Respeitar e proteger os sistemas de conhecimento tradicionais, especialmente os das populações autóctones; reconhecer a contribuição dos conhecimentos tradicionais para a proteção ambiental e a gestão dos recursos naturais e favorecer as sinergias entre a ciência moderna e os conhecimentos locais.”*

#### **2.4 CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS<sup>58</sup>**

Já a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais traz o princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas, definido como *“A proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas”*

Inclui também a diversidade cultural como integrante do Princípio do desenvolvimento sustentável, dispondo que *“A proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural é condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras”.*

Reconhece, de maneira expressa, assim como a Declaração sobre a Diversidade Cultural, os direitos culturais dos povos tradicionais, em seu preâmbulo, bem como seus conhecimentos tradicionais e suas línguas:

*“Considerando que a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta*

---

<sup>57</sup> O conhecimento tradicional associados dos povos e comunidades aqui tratados é tema do capítulo 3.

<sup>58</sup> Promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n.º 6.166, de 01 de agosto de 2007. O tratado foi celebrado em outubro de 2005, no âmbito da Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Em 18 de outubro de 2007, após mais de 50 países a ratificarem, sendo o Brasil o 40º na lista, esta Convenção entrou em vigor.

*na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade;*

*Reconhecendo a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção;*

*Recordando que a diversidade lingüística constitui elemento fundamental*

*da diversidade cultural, e reafirmando o papel fundamental que a educação desempenha na proteção e promoção das expressões culturais,”*

## **2.5 CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA<sup>59</sup>**

A CDB reconhece a indissociável relação de interdependência dos povos com o meio ambiente e seus conhecimentos tradicionais acerca da biodiversidade que os cerca, quando de maneira expressa, em seu preâmbulo, dispõe:

*“Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir eqüitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes.”*

A mesma compreensão é expressa em seu artigo 8º, alínea j:

---

<sup>59</sup> O Decreto n.º 2.519 de 16 de março de 1998 promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB , assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, quando da realização da Conferência das Nações Unidas

*“Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”*

A Convenção trata da relação entre os povos e comunidades tradicionais e a diversidade biológica, compreendendo esta não simplesmente como um produto da natureza, mas considerando também aspectos culturais e sociais, pois as espécies são objeto de conhecimento, de domesticação e uso, fonte de inspiração para mitos e rituais dos povos tradicionais e, finalmente, mercadoria nas sociedades modernas.<sup>60</sup>

Em contraposição com o ambientalismo tradicional, que vê o homem como inimigo e destruidor da diversidade biológica (visão que fundamenta a criação de áreas de conservação sem qualquer humano), esta perspectiva socioambiental considera fundamental o papel dos povos tradicionais para sua preservação e, inclusive, existência. No último capítulo analisaremos a temática referente aos conhecimentos dos povos e comunidades tradicionais.

---

para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio 92).

60 DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*.

## 2.6 DECRETO 6.040 DE 07 DE FEVEREIRO DE 2007

É com toda esta compreensão que, em 13 de julho de 2006, foi instituída, por decreto, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, constituída por 15 representantes de órgãos e entidades da administração pública federal e 15 representantes de organizações de povos tradicionais: seringueiros, quilombolas, indígenas, faxinalenses, pescadores, quebradeiras de coco babaçu, caiçaras, ciganos, pomeranos, fundos de pasto, dentre outros. A presidência da Comissão é do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à fome, e a Secretaria Executiva do Ministério do Meio Ambiente.

A principal função desta Comissão é coordenar a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), a qual foi instituída e regulamentada pelo decreto n.º 6040, de 7 de fevereiro de 2007.

Esta Política Pública possui 4 eixos estratégicos: **(1) acesso aos territórios e aos recursos naturais** (objetivo específico: a garantia da permanência dos povos e comunidades tradicionais em seus territórios e do usufruto dos recursos naturais como condições essenciais para sua reprodução física e natural); **(2) infraestrutura** (objetivo específico: implantar infra-estrutura adequada às realidades sócio-culturais e demandas destes povos, estejam eles situados em Áreas de proteção Permanente, Unidades de Conservação de Proteção Integral ou em qualquer outra área/situação); **(3) inclusão social** (objetivo específico: garantir e valorizar suas formas tradicionais de educação, de acordo com as características próprias de cada povo) e **(4) fomento e produção sustentável** (objetivo específico: proteção de suas práticas e conhecimentos tradicionais, reconhecimento das suas formas de organização econômica).<sup>61</sup>

A PNPCT tem como objetivo geral promover o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais, “com ênfase no reconhecimento,

---

Brasília: Ministério do Meio Ambiente: USP, 2001, p.1  
61 Relatório da 2 reunião da CNPCT de 01/07/2006. Brasília, 2006



*fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições” (art.2).*

Entre seus objetivos específicos estão: garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica (art. 3 inc. I); reconhecer a auto-identificação dos povos e comunidades tradicionais, de modo que possam ter acesso pleno aos seus direitos civis individuais e coletivos (art. 3 inc. VI); reconhecer, proteger e promover seus conhecimentos, práticas e usos tradicionais (art. 3 inc. XV).

A PNPCT arrola, em seu art. 1, como princípios, entre outros: o reconhecimento e a consolidação de seus direitos como povos e comunidades tradicionais (inc. VIII); a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica (inc. XIV); o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta os recortes etnia, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais (inc. II); o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria da qualidade de vida nas gerações atuais, garantido as mesmas possibilidades para as gerações futuras e respeitando seus modos de vida e suas tradições (inc. V).

Importa ressaltar que os dispositivos jurídicos nacionais e internacionais utilizam diferentes termos e expressões para designar os grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva. O termo “povo” utilizado neste trabalho refere-se a todos estes grupos culturalmente diferenciados, que possuem formas próprias de organização, ocupam e usam seus territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução física e cultural, utilizando seus conhecimentos e práticas tradicionais.

O quadro a seguir demonstra com clareza as denominações utilizadas pelos principais dispositivos jurídicos que tratam do tema.

**Quadro<sup>62</sup> dos Termos Utilizados pelos Dispositivos Jurídicos para Designar os Grupos Sociais Portadores de Identidade Étnica e Coletiva**

N.º de Ordem	Termo ou expressão utilizados	Dispositivo Jurídico	Artigo
1	Populações Indígenas	Convenção sobre a Diversidade Biológica - CDB	Preâmbulo; letra j, art. 8
2	Populações locais	CDB; Lei n.º 9.985/2000 - SNUC	Letra d, art.10 inc. III, V e IX, art. 5
3	Populações extrativistas	SNUC	Art.18
4	Populações Tradicionais	SNUC	Art. 4, inc. X; art. 5, &2; art. 17, &2 e 5; art.18; art. 20, & 1, 3, 4 art. 23, & único art. 28; art. 29; art. 32; art. 42, & 1 e 2
5	Comunidades Indígenas	Medida Provisória n.º 2.186-16/2001	Art. 4 art. 8, &1
6	Comunidades locais	CDB OIT-169 MP 2.186-16/2001	Preâmbulo; letra j, art. 8 art. 25 art. 4, &1 art. 8
7	Comunidades Tradicionais	Decreto de 27 de dezembro de 2004 Decreto de 13 de julho de 2006 Decreto n.º 6040 de 7 de fevereiro de 2007	
8	Povos Indígenas	Convenção OIT-169 Convenção da Diversidade das Expressões Culturais Decreto n.º 6040/2007	Preâmbulo; art. 1; item I; art. 3; art. 32 Preâmbulo; item 3, art. 2; letra a, art. 7 inc. II, art. 3
9	Povos Tribais	Convenção OIT-169	Preâmbulo; item I, art. 1; item I, art. 3; art. 32; art. 36
10	Povos autóctones	Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural	Art. 4
11	Minorias	Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural Convenção da Diversidade das Expressões Culturais	Art. 4 Preâmbulo; item, art. 2; letra a, item I, art. 7

62 Elaborado a partir do quadro in: SHIRAIHI, Joaquim. op. cit.

## 2.7 POVO E TERRITÓRIO

Não é possível se falar em povo sem falar de seu território. Pois é deste que o homem extrai as condições básicas para sua existência. É o espaço “vital” onde o povo se identifica, se reproduz e consegue viver. O povo vive em razão, em relação com o território. Se o território lhe é retirado, o povo perde seus costumes, sua língua, perde a condição de povo.

Neste sentido, Marés ensina:

*“O conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopéia e arte de cada povo”..<sup>63</sup>*

Os povos tradicionais possuem uma relação com o território a qual o Estado e o Direito moderno não compreendem. O território para eles não possui valor monetário, não é passível de alienação, pois é parte essencial da vida. Possuem uma relação imediata com a terra. Não há qualquer sentido possível de viverem sem seu território, no qual colhem frutos, plantam alimentos, caçam e pescam quando necessitam, retiram plantas medicinais ou simplesmente contemplam a natureza. O território lhes dá sentido, identidade.

Para se compreender melhor esta relação faz-se necessário auxílio das ciências sociais, principalmente a Antropologia. Paul Little entende o território não como um conceito estático, mas como um processo histórico. Para tanto, utiliza o termo *territorialidade*, definido como o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente

biofísico, convertendo-a assim em seu território.<sup>64</sup>

Assim, o autor afirma que o território surge diretamente das condutas de territorialidade de um grupo social, ou seja, *“qualquer território é um produto histórico de processos sociais e políticos”*. Além desta abordagem histórica, Little também demonstra como necessária para se entender a relação particular que um grupo mantém com seu território a análise do que ele denomina de *“cosmografia”*, definida como os saberes ambientais, ideologias e identidades (coletivamente criados e historicamente situados) que um grupo social utiliza para estabelecer e manter seu território, como seu regime de propriedade, os vínculos afetivos, a história de sua ocupação guardada na memória coletiva e o uso social que dá ao território<sup>65</sup>.

No mesmo sentido, Almeida<sup>66</sup>, entende que cada grupo constrói socialmente seu território de uma maneira própria, a partir de conflitos específicos, o que implica numa particular relação com os recursos hídricos e florestais. É o que o autor denomina *“processo de territorialização”*, ou seja, *“como os territórios de pertencimento foram sendo construídos politicamente através de mobilizações por livre acesso aos recursos básicos em diferentes regiões e em diferentes tempos históricos”*.

É por isso que a diversidade sociocultural do Brasil é acompanhada de uma *“diversidade fundiária”*, constituída pelas centenas de povos indígenas, cada um deles com formas próprias de relação com seus respectivos meio-ambiente, bem

63 MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. *O renascer dos povos jurídicos para o Direito*. op. cit.. p.120

64 LITTLE, Paul E. *Território sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2002. p.3

65 Ibid. p. 15. No mesmo sentido DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, São Paulo: USP, 2001. p. 21. Para estes autores esta relação imediata dos povos tradicionais com o meio natural que os cerca exige um complexo conhecimento da fauna, flora e minerais dos respectivos ecossistemas em que vivem. Os sistemas de manejo dos recursos naturais que utilizam seriam marcados pelo “respeito aos ciclos naturais e pela exploração que possibilita a reprodução das espécies animais e vegetais”, revelando conhecimentos adquiridos pela tradição herdada dos mais velhos, “por intermédio de mitos e símbolos”. O território, além de espaço de reprodução econômica e das relações sociais, seria também o “locus” das representações e do imaginário mitológico destes povos. O imaginário dos povos das florestas, rios e lagos brasileiros estaria repleto de entes mágicos que castigam os que destroem as florestas (Curupira/caipora, Mãe da Mata, Boitatá), os que maltratam os animais da mata (Anahngá), os que matam animais em época de reprodução (Tapiora) ou os que pescam mais do que o necessário (Mãe d’água, que vira o barco dos pescadores ambiciosos).

66 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização*,

como pelas múltiplas comunidades remanescentes de quilombos e pelas distintas formas fundiárias mantidas pelos babaçureiros, caiçaras, pescadores, faxinais, pantaneiros, sertanejos, seringueiros, jangadeiros e outros<sup>67</sup>.

A territorialidade, segundo o autor, é fator de identificação, defesa e força, na qual laços solidários e de ajuda mútua informam um conjunto de regras firmadas sobre uma base física considerada “*comum, essencial e inalienável*”, não obstante disposições sucessórias porventura existentes.

Os “processos de territorialização” e a conseqüente formação de territórios estariam diretamente relacionados com os processos históricos de expansão de fronteiras do país: a colonização do litoral no século XVI, seguida por 2 séculos das entradas ao interior pelos bandeirantes; a ocupação da Amazônia e a escravização dos índios nos séculos XVII e XVIII; o estabelecimento das “plantations” açucareiras e algodojeiras no Nordeste nos séculos XVII e XVIII, baseadas no uso intensivo de escravos africanos; a expansão das fazendas de gado do Sertão do Nordeste e Centro-Oeste e as frentes de mineração em Minas Gerais, a partir do século XVIII; a expansão da cafeicultura no Sudeste a partir do fim do século XVIII. Cada frente de expansão aqui relacionada produziu um conjunto de choques territoriais e novas “*ondas de territorialização*” por parte dos povos indígenas e dos escravos africanos.

Essas frentes de expansão de fronteiras, que marcaram a história territorial do Brasil Colonial e Imperial, continuaram no século XX e continuam ainda hoje, de uma forma mais intensa e veloz. Podemos citar como exemplos: a expansão para o Oeste do Paraná, nos anos 30 e 40; a seguida Marcha para o Oeste, centrada nos Estados de Goiás e Mato Grosso; a colonização do Norte do Paraná nos anos 50; na mesma década, a construção de Brasília e o povoamento massivo da região; nos anos 60 e 70, a Marcha para a Amazônia; nos anos 80 e 90 a expansão da fronteira da soja para o Centro-Oeste. Todas essas frentes são acompanhadas por pesados investimentos em infra-estrutura, como a construção de estradas, hidrelétricas,

---

*movimentos sociais e uso comum*. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. V. 6. N. 01. p. 9-32  
67 Ibid.

barragens, criação de pólos industriais (como a Zona Franca de Manaus) ou projetos de mineração (como o Grande Carajás)<sup>68</sup>.

A resistência, conforme Little<sup>69</sup>, representaria, sem dúvida, a resposta mais comum na história da expansão das fronteiras. Quinhentos anos de guerras, confrontos, extinções, migrações forçadas e reagrupamento étnico envolvendo centenas de povos indígenas e múltiplas forças invasoras de portugueses, espanhóis, franceses, holandeses e, nos últimos 2 séculos, brasileiros, dão testemunho da resistência ativa dos povos indígenas para a manutenção de seus territórios.

Mas, além da resistência, existem também processos de *“acomodação, apropriação, consentimento, influência mútua e mistura entre todas as partes envolvidas”*<sup>70</sup>. O autor afirma que estes múltiplos, longos e complexos processos resultaram na criação de territórios de distintos grupos sociais e mostram como a constituição e a resistência cultural de um grupo são dois lados de um mesmo processo, o qual resultou, muitas vezes, na criação de novas *“categorias étnicas e raciais”* por via de *“miscigenação biológica e sincretismo cultural”*. Little cita o surgimento dos caboclos e a fusão de grupos indígenas no alto Rio Negro como exemplo.

Os quilombos, que surgiram a partir da fuga das “plantations” e engenhos, representariam outros casos de *“etnogênese”*, cuja consolidação como grupo social se deu com o estabelecimento de territórios autônomos no interior da Colônia e a posterior defesa destes territórios frente a ataques externos, sendo a República dos Palmares o caso mais conhecido e emblemático<sup>71</sup>.

O surgimento de territórios e sua capacidade de existência estão, portanto, diretamente relacionados com o modelos econômicos hegemônicos da época, que produziam a cana de açúcar, extraíam o ouro, a borracha, as drogas do sertão, a erva-mate, cultivavam algodão e gado ou buscavam outros produtos que passassem a obter valor econômico relevante.

---

68 LITTLE, Paul E. op. cit. p.21

69 Ibid. p.5

70 Ibid.

71 ALMEIDA, Op. Cit.

Um dos casos mais representativos no séc. XX de surgimento de um território como fruto de uma frente de expansão é o caso dos seringueiros. Ao migrarem para a região amazônica com o surgimento do ciclo econômico da borracha, criaram um vínculo cultural e identitário com a região, permanecendo lá mesmo após a decadência e o fim deste. Com o avanço do desmatamento da Amazônia pela exploração predatória dos recursos naturais, principalmente a madeira, impulsionada pela abertura de grandes rodovias (Belém-Brasília, Transamazônica, Cuiabá - Porto Velho - Rio Branco, Cuiabá-Santarém) e pela abertura de pastagens destinadas às grandes fazendas de agropecuária, os seringueiros tiveram sua sobrevivência física e cultural ameaçada. Liderados por Chico Mendes, fundador do Conselho Nacional dos Seringueiros, iniciaram sua luta por seu território, promovendo os chamados “empates”, quando se colocavam na frente dos madeireiros para impedir as derrubadas de árvores. O movimento continuou, mesmo a morte de Chico Mendes, reivindicando territórios na forma de reservas extrativistas.<sup>72</sup>

## 2.8 “REGIME COMUM” DE PROPRIEDADE DOS POVOS TRADICIONAIS

Uma característica fundamental dos povos tradicionais é o denominado “*regime comum*”<sup>73</sup> de propriedade. Os mais de 200 povos indígenas, localizados em mais de 500 territórios, representam uma grande diversidade lingüística, social, demográfica, religiosa e fundiária. As maneiras específicas de como este regime de propriedade funciona variam de povo para povo. Um dos tipos mais comum de determinar acesso a certas terras é através das formas de parentesco. Os estudos etnográficos sobre povos indígenas narram diferentes maneiras pelas quais unidades de parentesco funcionam também como unidades territoriais, mas a partir de uma

---

72 SANTILLI, Juliana. op. cit. 32 Tal fato é diretamente relacionado com o surgimento do “socioambientalismo”.

73 Termo utilizado pelos vários cientistas sociais que tratam do tema aqui utilizados. Alguns usam o termo “uso comum”, como Alfredo Wagner de ALMEIDA, mas referem-se à mesma característica, qual seja, a propriedade sobre a terras e os recursos naturais é exercida coletivamente, em geral por unidades familiares, como tentamos demonstrar.

perspectiva geral sobre o regime de propriedade destes povos, pode-se afirmar que<sup>74</sup>:

*“a terra não é e não pode ser objeto de propriedade individual. De fato, a noção de propriedade privada da terra não existe nas sociedades indígenas. (...) Embora o produto do trabalho pudesse ser individual, ou, melhor dizendo, familiar, o acesso aos recursos era coletivo. (...) A terra e seus recursos naturais sempre pertenceram às comunidades que os utilizam, de modo que praticamente não existe escassez, socialmente provocada, desses recursos.”*

Os regimes de propriedade dos quilombolas, as diversas “terras de preto” e as “comunidades cafuzas” possuem diferenças marcantes em relação aos povos indígenas, mas ainda se manteriam dentro da categoria de “propriedade comum”. Sobre as várias “comunidades negras rurais”, por exemplo, Bandeira<sup>75</sup> (1991: 8) afirma:

*“O controle sobre a terra se faz grupalmente sendo exercido pela coletividade que define sua territorialidade com base em limites étnicos fundados na afiliação por parentesco, co-participação de valores, de práticas culturais e principalmente da circunstância específica de solidariedade e reciprocidade desenvolvidas no enfrentamento da situação de alteridade proposta pelos brancos.”*

Em relação aos povos extrativistas da Amazônia tem-se a apropriação familiar e social dos recursos naturais, como no caso dos seringueiros, castanheiros ou dos babaçueiros. As chamadas “colocações” são exploradas por famílias, os recursos da caça e pesca são tratados na esfera coletiva e a coleta dos recursos destinados ao mercado é feita segundo normas de “usufruto coletivamente estabelecidas”<sup>76</sup>.

---

74 LITTLE. Op. Cit p. 8-10

75 BANDEIRA, Maria de Lourdes. *Terras negras: Invisibilidade expropriadora*. Florianópolis: Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas. 1991. p. 7-24. Apud: LITTLE, Op. Cit. p. 9

76 SHIRAISHI explica que, enquanto para os seringueiros o uso do recurso natural é “privado”, por unidade familiar, para as quebradeiras de coco o uso é “comum”, ficando condicionado à capacidade de cada unidade



Ao tratar das populações caiçaras do litoral brasileiro, dos pantaneiros do Pantanal e de outros povos tradicionais, Diegues descreve as variadas *“formas comunitárias de apropriação de espaços e recursos naturais”* baseadas num *“conjunto de regras e valores consuetudinários, da lei do respeito, e de uma teia de reciprocidades sociais onde o parentesco e o compadrio assumem um papel preponderante”*.<sup>77</sup>

Numa perspectiva marxista, o autor afirma que as culturas tradicionais estão associadas a *“modos de produção pré-capitalistas”*, próprios de sociedades em que o trabalho não se tornou mercadoria. Essas sociedades desenvolveram formas particulares de manejo dos recursos naturais que não visam direta e unicamente o lucro, mas sua reprodução cultural e social, bem como percepções e representações do mundo natural, marcadas pela associação com a natureza e seus ciclos. Nas palavras do autor:

*“culturas tradicionais, nesta perspectiva, são aquelas que se desenvolvem num modo de pequena produção mercantil e distinguem-se daquelas associadas ao modo de produção capitalista, nas quais não só o trabalho, mas a própria natureza, se transformam em objeto de compra e venda”*.<sup>78</sup>

Para Almeida tais formas de uso comum designam situações em que o controle dos recursos naturais não é exercido individualmente, mas através de normas específicas, combinando uso comum de recursos e apropriação privada de bens, as quais são acatadas de maneira consensual *“nos meandros das relações sociais estabelecidas entre vários grupos familiares”* que compõem uma unidade social. Estas normas voltam-se prioritariamente para a agricultura, o extrativismo, a pesca ou o

---

familiar. In: SHIRAISHI NETO, Joaquim. *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. op. cit. p. 30

77 DIEGUES, Antônio Carlos. *Repensando e recriando as formas de apropriação comum dos espaços e recursos naturais*. In: *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento*. P. F. VIEIRA e J. WEBER (orgs.). p. 407-432. SP: Cortez Editora. 1996.

78 DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. op. cit. p. 18

pastoreiro realizados de maneira autônoma, sob forma de cooperação simples e com base trabalho familiar<sup>79</sup>.

De acordo com Derani a “*propriedade comunal*”, a “*distribuição comunitária do trabalho*”, a “*tecnologia desenvolvida e transmitida por processo comunitário*” e a transmissão da propriedade e do conhecimento pela “*tradição comunitária, intergeracional*”, seriam elementos identificadores de uma comunidade tradicional<sup>80</sup>.

O “regime comum” de propriedade, ou a propriedade comunal, portanto, assim com a relação direta e indissociável com a natureza, são componentes essenciais para se identificar um grupo como povo ou comunidade tradicional, assim como outros elementos que trataremos a seguir.

## 2.9 POVOS TRADICIONAIS – CONCEITO

Diegues afirma que os povos tradicionais se caracterizam, dentre outras:

- pelo conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos, que se reflete na elaboração de estratégias de uso e de manejo dos recursos naturais, transmitido pelas gerações mais velhas;
- pela noção do território no qual o grupo se reproduz econômica e socialmente;
- pela moradia e ocupação deste território por várias gerações;
- pela importância predominante das atividades de subsistência;
- pela importância dada à unidade familiar, doméstica ou comunal e às relações de compadrio ou parentesco para o exercício das atividades econômicas, sociais e culturais;

---

79 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum*. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. V. 6. N. 01. p. 9-32

80 DURANI, Cristiane. *Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso*. In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil Socioambiental*. op. cit. p. 153

- pela importância das simbologias, mitos e rituais associados à caça, à pesca e às atividades extrativistas;
- pela tecnologia simples e de impacto limitado utilizada na interação com o meio-ambiente;
- pela reduzida divisão técnica e social do trabalho, sobressaindo o artesanal;
- pela auto-identificação ou identificação pelos outros de se pertencer a uma cultura distinta.

Desta forma, o autor conceitua os povos tradicionais como:

*“grupos humanos culturalmente diferenciados que historicamente reproduzem seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base em modos de cooperação social e formas específicas de relações com a natureza, caracterizados tradicionalmente pelo manejo sustentado do meio ambiente. Essa noção se refere tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos.”<sup>81</sup>*

Little propõe uma conceituação de povos tradicionais a partir da idéia de *“territorialidade”*, baseada em uma *“razão histórica”*, a qual se contraporia à *“razão instrumental hegemônica do Estado Moderno”*, com seu regime de propriedade baseado na dicotomia público-privado e vinculada ao fenômeno do nacionalismo, o qual reivindica o espaço geográfico para uso exclusivo dos membros de sua sociedade nacional e se fundamenta no conceito de soberania para justificar a exclusividade do controle de seu território<sup>82</sup>.

A razão histórica, por sua vez, consideraria 3 elementos comuns aos povos tradicionais: o regime de propriedade comum, o sentido de pertencimento a um lugar específico e a profundidade histórica da ocupação guardada na memória

---

81 DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). op. cit. p.21

82 LITTLE, Paul E. op. cit. p.6

coletiva.

Como já tratamos do regime de propriedade comum, passemos aos outros 2 elementos. Para o autor, as relações específicas referentes à noção de lugar não devem ser confundidas com “a *idéia de originalidade*”, ou seja, o fato de ser o primeiro grupo a ocupar uma área geográfica. A situação de pertencer a um lugar referiria-se a grupos que se originaram em um local específico, sejam eles os primeiros ou não. Portanto, o sentido de pertencimento a um lugar agruparia tanto os povos indígenas de uma área imemorial quanto os grupos que surgiram historicamente numa área através de processos de “*etnogênese*”.

No mesmo sentido, Almeida, ao tratar dos “*processos de territorialização*”, afirma:

“(...) Esta expressão, “*processo de territorialização*”, tenta propiciar instrumentos para compreender como os territórios de pertencimento foram sendo construídos politicamente através das mobilizações por livre acesso aos recursos básicos em diferentes regiões e em diferentes tempos históricos. (...) A chamada “*comunidade tradicional*” se constitui nesta passagem. O significado de “tradicional” mostra-se, deste modo, dinâmico e como um fato do presente, rompendo com a visão essencialista e de fixidez de um território, explicado principalmente por fatores históricos ou pelo quadro natural, como se a cada bioma correspondesse necessariamente uma certa identidade..<sup>83</sup>

Os territórios dos povos tradicionais, portanto, fundamentam-se tanto em tempos imemoriais (caso dos indígenas), como em séculos (quilombos) ou em décadas (seringueiros ou faxinais). A longa duração dessas ocupações fornece um peso histórico às suas reivindicações territoriais. O fato de seus territórios terem ficado de fora do regime formal de propriedade da Colônia, do Império e, até recentemente,

---

83 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum*. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. V. 6. N. 01. p. 9-32

da República não os deslegitima, pois *“simplesmente os situa dentro de uma razão histórica e não instrumental, ao mesmo tempo em que mostra sua força histórica e sua persistência cultural”*<sup>84</sup>.

É baseado nessa idéia de territorialidade, portanto, que Little trabalha o conceito de povos tradicionais, o qual define como: *“um mecanismo analítico capaz de juntar fatores como a existência de regimes de propriedade comum, o sentido de pertencimento a um lugar, a procura de autonomia cultural e práticas adaptativas sustentável”*.

A concepção de povos tradicionais adotada pela Convenção 169- OIT não se fundamenta na idéia de território, embora esta reconheça sua essencial e fundamental importância. Para a convenção, a qual tem como destinatários os povos indígenas e os povos tribais, o critério fundamental de definição é o da consciência, conforme o item 2, de seu art. I, já analisado. Não há, portanto, uma definição pré-estabelecida de quem são os povos indígenas e tribais.

O auto-reconhecimento também é critério de definição étnica para o caso dos remanescentes de comunidades de quilombos, conforme o Decreto n.º 4887 de 2003. Castilho, ao tratar do tema, afirma:

*“(...) Com efeito, embora não constitua critério único ou principal na apuração da dita ocupação (...) a consciência de sua etnicidade e a aceitação pelos seus dessa condição objetiva fornece elementos preciosos para a determinação dos espaços necessários e para a viabilização jurídica do reconhecimento da propriedade dos remanescentes de comunidades de quilombos.”*<sup>85</sup>

---

84 LITTLE, Op. Cit. p. 11

85 VOLKMER DE CASTILHO, Manoel Lauro. *Parecer n.º: AGU/MC-I/2006 – Processo n.º 00400.002228/2006-25*. in DUPRAT, Deborah (org.). op. cit. p. 53. Há que se fazer algumas importantes considerações sobre o auto-reconhecimento e a própria identidade dos povos tradicionais. DIEGUES relata que essa concepção de um grupo étnico com formas próprias de organização as quais o legitima à participação no que o autor denomina de “sistema de unidades étnicas distintas”, pode levar a um tipo de situação onde aspectos culturais isolados seriam escolhidos por sua adequação a uma estratégia de *“marcar contrastivamente uma identidade étnica”*, a qual, por sua vez, executaria a função de *legitimar o acesso de um grupo a fontes de recurso que disputam com outros*. Em outras palavras, o auto-reconhecimento poderia ser falso. É justamente este um dos argumentos que frequentemente são utilizados em desfavor de povos indígenas e remanescentes de comunidades de

Entendemos que o conceito adotado pelo Decreto que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais considera todas estas análises a respeito dos povos tradicionais, como as formas de organização próprias, o auto-reconhecimento, a importância de seus territórios, sua reprodução cultural diferenciada e seus conhecimentos tradicionais, a partir de uma concepção de cultura abrangente, conforme o texto constitucional. Para o Decreto:

*“Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (Inc. I do art. 3)*

---

quilombos. Afirma-se que os índios (como os que lutam pela terra da área conhecida como Raposa do Sol, em Roraima) utilizariam este falso reconhecimento para obterem a terra que disputam. Como “prova” afirmam que não são mais índios, pois assistem televisão, usam camisetas de clube de futebol e chinelos “havaianas” ou possuem caminhonetes. O próprio autor dá a resposta para esse problema, ao refutar a idéia de uma cultura pura e imutável. É natural e humano que haja interações entre diferentes culturas e que uma influencie na outra. Claro que no contexto brasileiro a cultura dominante exerce uma enorme influência sobre todas as outras, mas é exatamente quando isto ocorre que um modo diverso de cultura se mostra e se legitima. Nas palavras do autor: “(...) Assim, os povos submetidos às pressões da expansão capitalista sofrem mudanças radicais, induzidas por forças externas, mas sempre orquestradas de modo nativo. As dinâmicas internas de produção e reprodução da vida social sofrem adequações gradativas, em grande parte não planejadas, mas sempre criativas, às imposições decorrentes dos laços com o mercado e à ininterrupta luta política para a preservação do território tribal e de seus recursos naturais.” gn.<sup>o</sup> Essa “orquestração nativa”, entretanto, encontraria seu limite de possibilidade não no grau de competência do “pensamento mítico para a interpretação histórica”, nem na “capacidade de transformação coerente” ou na “incorporação de novos significados”, mas, fundamentalmente, no “espaço de autonomia política e econômica” que consiga manter no contexto de envolvimento pela sociedade mais abrangente. O autor relata ainda que a “reconstrução” de sociedade indígenas muitas vezes de da por processos ambíguos e contraditórios. In: DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). op. cit. p. 24

### 3. CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À BIODIVERSIDADE

#### 3.1 Conceito

Os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais produzem conhecimentos e inovações em diversas áreas. Podemos citar criações artísticas e literárias, tais como desenhos, pinturas, músicas, contos, danças, lendas, as quais devem ser tuteladas por meio do reconhecimento de direitos autorais coletivos ou como bens culturais imateriais<sup>86</sup>.

Neste capítulo, entretanto, trataremos dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que correspondem desde técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os ecossistemas, propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies da flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais<sup>87</sup>.

A Medida Provisória n.º 2.186/2001<sup>88</sup>, que regula a matéria, estabelece uma definição restrita de conhecimento tradicional associado: “Informação ou prática individual ou coletiva da comunidade indígena ou da comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.”

Antônio Carlos Diegues aponta que as técnicas de manejo tradicional incluem domesticação e manipulação de espécies da fauna e flora, vinculadas às

---

86 A lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98) estabelece, em seu art. 45, que as obras de autores desconhecidos pertencem ao domínio público, “ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”. O Decreto n.º 3.551/2000 instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza imaterial, dividindo o registro no Livro dos Saberes (no qual serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades), no Livro das Celebrações (no qual são inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, religiosidade, entretenimento e outras práticas sociais), no Livro das Formas de Expressão (no qual são inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas) e no Livro dos Lugares (no qual são inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços públicos onde se reproduzem práticas culturais coletivas).

87 SANTILLI, op. cit. p.192

88 Medida Provisória n.º 2.186-16, de 24 de agosto de 2001, regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal. Regulamenta, também, os arts. 1º, 8º, alínea j, art. 10, alínea c, 15 e 16, alíneas 3 e 4, da Convenção sobre diversidade Biológica.

atividades relacionadas à agricultura itinerante, à introdução de espécies de árvores frutíferas nas roças, à caça de subsistência, às técnicas de pesca, à construção de pesqueiros e à utilização de calendários complexos de atividades que reúnem coleta e cultivo. Segundo o autor:

*“As populações tradicionais não só convivem com a biodiversidade, mas nomeiam e classificam as espécies vivas segundas suas próprias categorias e nomes. Uma particularidade, no entanto, é que essa natureza diversa não é vista pelas comunidades tradicionais como selvagem em sua totalidade; foi e é domesticada, manipulada. (...) Pode-se falar numa etnobiodiversidade, isto é, a riqueza da natureza da qual também participa o homem, nomeando-a, classificando-a e domesticando-a.*

*Conclui-se, então, que a biodiversidade pertence tanto ao domínio do natural como do cultural, mas é a cultura, como conhecimento, que permite às populações tradicionais entendê-la, representá-la mentalmente, manuseá-la, retirar suas espécies e colocar outras, enriquecendo-a, com frequência.”*<sup>89</sup> gn

O conhecimento tradicional associada à biodiversidade também é tratado pelos antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Barbosa de Almeida<sup>90</sup>, que descrevem práticas e conhecimentos de seringueiros e povos indígenas (como os kaxinawá, os katukina e os ashaninka) que habitam a região sudoeste amazônica. Os autores realizam minuciosa análise<sup>91</sup> dos conhecimentos desenvolvidos sobre a floresta:

*“O conhecimento que as populações têm da floresta que habitam é verdadeiramente enciclopédico, no sentido de cobrir áreas variadas: desde a*

---

<sup>89</sup> DIEGUES, op, cit. P.33

<sup>90</sup> CUNHA, manuela Carneiro da & ALMEIDA, Mauro Barbosa de (orgs.) *Enciclopédia da floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

<sup>91</sup> Os autores explicam que suprimiram da publicação tudo aquilo que poderia ser passível de interesse comercial para a indústria farmacêutica, como sementes, corantes e defensivos agrícolas, em razão da ausência de um regime legal de proteção efetiva aos conhecimentos tradicionais, como se verá adiante.



*madeira linheira que serve para a mão-de-força de uma casa; as enviras que prestam para amarra-la; as fruteiras que o porquinho ou o veado preferem e debaixo das quais é quase certo caçá-los; os solos idéias para plantar o milho, o tabaco, o jerimum; a maneira de trançar as palhas de uricuri para fazer o telhado; as iscas preferidas do carapari, do mandim, do pacu; os sonhos, os presságios, as maneiras de ter sorte na caçada. Os pés de seringa, cada um deles, e o modo adequado de preparar as entradas, empausar, embandeirar, raspar, cortar a madeira. Modos de fazer, modos de pensar, modos de conhecer.(...)*

*Embora haja pessoas, em geral, mais velhas, que dominam sozinhas um imenso cabedal de conhecimentos – e essas são, cada uma, verdadeiras enciclopédias semoventes -, o conhecimento que descrevemos ou evocamos neste livro é o somatório dos saberes mais individuais, e entendemos por saber as formas de pensar, investigar, inovar, tanto quanto conhecimentos e práticas estabelecidos.<sup>92</sup>*

Os autores também descrevem como os conhecimentos destas populações são desenvolvidos e compartilhados com base em pesquisas, observações, especulações, experimentações e troca de informações.

Há também diversos estudos que demonstram que as práticas, inovações e conhecimentos desenvolvidos pelos povos tradicionais conservam a diversidade biológica dos respectivos ecossistemas, especialmente nas florestas tropicais<sup>93</sup>.

Os conhecimentos tradicionais ainda incluem toda a informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independentemente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica<sup>94</sup>.

Tal inclusão é necessária porque o conhecimento tradicional fornece

---

92 CUNHA, manuela Carneiro da & ALMEIDA, Mauro Barbosa de (orgs.) op. cit. p. 15

93 Estes estudos são relatados in: DIEGUES, op. cit. p.32. O autor também menciona como a agricultura tradicional itinerante conserva a biodiversidade.

94 SANTILLI, op. cit. 196

muitas vezes “pistas” para a identificação de princípios ativos úteis, mas a indústria biotecnológica desenvolve usos distintos daqueles realizados pelos povos tradicionais, elaborando produtos e processos novos, ainda que o conhecimento tradicional tenha sido o “ponto de partida”<sup>95</sup>.

Percebe-se que os processos, práticas e atividades tradicionais pelos quais são produzidos estes conhecimentos aqui relatados são produto de um modo de vida estritamente relacionada com a natureza, com o meio ambiente natural, próprio dos chamados povos tradicionais. Por isso dependem diretamente da sobrevivência física e cultural destes.

### **3.2 PROTEÇÃO JURÍDICA Vs. BIOPIRATARIA**

Nas últimas décadas os conhecimentos tradicionais adquiriram particular importância para a indústria da biotecnologia, especialmente de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas. De acordo com Vandana Shiva, dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores e largamente utilizados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais<sup>96</sup>. Menos de 12 seriam sintetizados por modificações químicas simples, o restante seriam extraídos diretamente de plantas e depois purificado. A autora ainda afirma que o conhecimento tradicional aumenta a eficiência do reconhecimento das propriedades medicinais em mais de 400%.

A busca pelos recursos naturais abrigados nos territórios dos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais é progressivamente crescente, assim como o avanço das fronteiras abertas pela sociedade envolvente. Diante disto há um impasse. Valores fundamentais ao socioambientalismo, como o meio ambiente equilibrado, os direitos culturais dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, referentes às suas formas de organização próprias, costumes e tradições, suas manifestações culturais, seus modos de fazer, criar e viver, assim como seus direitos territoriais

---

95 SANTILLI, op. cit. 197

96 SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis:Vozes, 2001.

opõem-se a outros princípios constitucionais, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a liberdade contratual<sup>97</sup>.

Desta maneira, são desenvolvidos instrumentos que permitam essa relação entre os povos tradicionais e a sociedade envolvente ocorrer em “*patamares justos, mais solidários e sustentáveis*”<sup>98</sup>, como a CDB e aparentemente a Medida Provisória n.º 2.186/2001, como o “consentimento prévio fundamentado” e da “repartição de benefícios”.

Neste contexto, a partir do momento em que despertam interesse econômico, os recursos da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais tornam-se alvo da chamada “biopirataria”. Embora não haja uma definição jurídica, é relativamente bem aceito o entendimento de que a biopirataria envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos em desacordo com os princípios estabelecidos pela Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>99</sup>, a saber: a soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos e a necessidade de consentimento prévio e informado destes para seu acesso, bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização.

Em relação ao acesso aos conhecimentos tradicionais, a Convenção estabelece a necessidade de que haja aprovação e participação de seus detentores nos processos, bem como a repartição dos benefícios.

Pode-se dizer, também, que um objetivo oficiais da Convenção é equilibrar as relações entre os países detentores da biodiversidade (em sua maioria países em desenvolvimento) e os países detentores da biotecnologia (em geral países considerados desenvolvidos)<sup>100</sup>.

O consentimento prévio fundamentado e a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos dos recursos da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais (os 2 princípios essenciais da CDB) possuem “dupla aplicação”: por um

---

97 LIMA, André. op. cit. p. 103

98 Ibid.

99 SANTILLI, op. cit. p. 198

100 Ibid.

lado, cabe aos países membros estabelecer, mediante legislação interna, normas que disciplinem o acesso e a repartição dos benefícios; por outro lado, implica o consentimento prévio fundamentado dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (detentores dos conhecimentos) e sua participação na repartição dos benefícios, conforme o art. 8, letra j, da Convenção<sup>101</sup>.

Ou seja, a observância aos princípios da CDB implica tanto a consulta aos países de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais (em razão da soberania dos Estados), quanto a consulta, intermediada pelo Estado nacional, aos detentores dos conhecimentos, reconhecendo direitos seus intelectuais coletivos, sendo condicionado o acesso ao consentimento prévio e a repartição justa e eqüitativa.

Em geral, a atividade de bioprospecção envolve a coleta de material biológico e o acesso aos seus recursos genéticos, em busca de novos compostos bioquímicos cujos princípios ativos possam ser aproveitados para a produção de novos produtos farmacêuticos, químicos ou alimentares. Embora muitas pesquisas realizadas por instituições acadêmicas não tenham inicialmente finalidade econômica ou comercial, os seus resultados podem caracterizar bioprospecção e ensejar a repartição de benefícios econômicos<sup>102</sup>. A repartição de benefícios se dá também mediante a transferência de tecnologia e a participação dos países provedores nas atividades de biotecnologia, como se verá adiante.

A biopirataria<sup>103</sup> consiste, portanto, justamente na coleta de espécies vegetais, com ou sem uso do conhecimento tradicional, sem o consentimento do Estado e/ou dos povos tradicionais, levadas para o exterior com a finalidade de

---

101 Ibid. p. 200

102 SANTILLI, op. Cit. P. 200

103 Um dos casos mais conhecidos de biopirataria foi o patenteamento de processos de extração do óleo da semente do cupuaçu, para a produção do chocolate do cupuaçu, o “cupulate”, pela empresa japonesa Asahi Foods Co. Ltd. A empresa registrou também o nome “cupuaçu” como marca comercial. Em 2004 o Escritório de Marcas e Patentes do Japão anulou o registro da marca, atendendo pedido formulado pela Rede GTA – Grupo de Trabalho Amazônico. Outro caso conhecido foi o do patenteamento de uma variedade do *ayahuasca* (nome indígena que quer dizer “cipó da alma”), planta utilizada a centenas de anos por diferentes povos indígenas e populações tradicionais da região amazônica, com finalidades curativas e medicinais, bem como em rituais xamânicos e cerimônias religiosas. A biopirataria ainda pode ocorrer com material genético. Santilli relata casos de biopirataria de genes de povos indígenas, os quais são considerados peculiares em razão de seu isolamento da

identificação de princípios ativos úteis, sem a repartição dos benefícios. Com este processo ocorre uma apropriação indevida e injusta de um recurso que pertence a outro país e às comunidades tradicionais, por meio do instrumento legal da patente.

### 3.3 DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL VS. CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Santilli afirma que os direitos de propriedade intelectual, concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental e atender especialmente às necessidades das sociedades industriais, permitem a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva<sup>104</sup>.

O sistema de patentes permite que o indivíduo e empresas se apropriem de recursos coletivos (a biodiversidade e os conhecimentos dos povos tradicionais), mas não confere nenhuma proteção a tais conhecimentos.

Os conhecimentos tradicionais são produzidos e gerados de forma coletiva, com base em ampla troca de informações e transmitidos oralmente de geração em geração, em um processo de anos, décadas ou séculos. O sistema de patentes protege as inovações individuais, promovendo uma *“fragmentação dos conhecimentos e a dissociação dos contextos em que são produzidos e compartilhados”*<sup>105</sup>.

O sistema de patentes torna reservado um conhecimento que, segundo Cunha<sup>106</sup>, era compartilhado de maneira diversa, seja por especialização local, seja por livre circulação de idéias e informações. Daí a impossibilidade de se conferir proteção jurídica eficaz a partir de uma sistema baseado na lógica de que quem obtém a patente primeiro obtém o monopólio sobre sua utilização, impedindo que

---

sociedade, o que proporciona um tipo genético homogêneo. In SANTILLI, op. cit.

104 Ibid. p. 205 A autora ainda lembra que o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Trisp, sigla em inglês) não exige para o patenteamento de um produto o cumprimento dos princípios da CDB. A questão tem sido discutida em diversos fóruns internacionais, com poucos avanços concretos.

105 Ibid. p. 210

106 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Enciclopédia da floresta*. P. 11-30

outros utilizem conhecimentos que são coletivos e compartilhados.<sup>107</sup>

Acerca desta incompatibilidade entre os direitos de propriedade intelectual e os conhecimentos coletivos dos povos tradicionais, Vandana Shiva explica:

*“Os DPI (Direitos de Propriedade Intelectual) são reconhecidos apenas quando o conhecimento e a inovação geram lucro e não quando satisfazem necessidades sociais. Segundo o artigo 27.1, para ser patenteável uma inovação deve ter potencialmente uma aplicação industrial. Isto imediatamente exclui todos os setores que produzem e inovam fora do modo de organização industrial. O lucro e a acumulação de capital são os únicos fins da criatividade; o bem social não é mais reconhecido.*

*Os DPI são um mecanismo eficiente de colher os produtos da criatividade social. Eles são um mecanismo ineficiente para criar e alimentar a árvore do conhecimento.”*

A tutela requerida pelos conhecimentos tradicionais, portanto, não pode ser realizada no modelo atual de direitos de propriedade intelectual, pois este é exclusivamente limitado para abranger a coletividade daqueles. Este modelo é pautado no direito de propriedade concebido pelo Direito da Modernidade, essencialmente individual e de conteúdo predominantemente econômico e patrimonial. Mesmo quando se trata de propriedade coletiva, neste modelo, cada co-titular é plenamente identificado<sup>108</sup>.

Os processos criativos e inventivos dos povos tradicionais são, por excelência, coletivos, e a utilização das informações, idéias e recursos nestes processos é compartilhada. Assim, a concepção de um direito de propriedade pertencente a um indivíduo é completamente contrária aos *“próprios valores e concepções que regem a vida coletiva em tais sociedades”*.<sup>109</sup>

---

107 Ibid.

108 Conforme já exposto nas fls.??

### 3.4 PRESSUPOSTOS PARA A CRIAÇÃO DE UM REGIME DE PROTEÇÃO AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

A partir da problemática entre direitos de propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais, Santilli enumera alguns pressupostos a serem considerados pelo Direito Brasileiro para se tutelar os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Segundo a autora, os componentes tangíveis ou materiais (territórios e recursos naturais) e os intangíveis (conhecimentos, inovações e práticas) da biodiversidade estão intimamente ligados, não sendo possível dissociar o reconhecimento e a proteção destes de um sistema jurídico que efetivamente garanta os direitos territoriais e culturais dos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. A adoção de políticas públicas que promovam e assegurem direitos econômicos, sociais e culturais a estes “grupos formadores da sociedade brasileira” seria essencial.

Ainda segundo a autora, é necessário se reconhecer que os conhecimentos tradicionais possuem fundamentos científicos e epistemológicos próprios, diversos daqueles da ciência ocidental. O conhecimento tradicional não é estático, e sim dinâmico. O termo tradicional não se refere à antigüidade, mas à sua maneira de transmissão. Não se trata apenas de conhecimentos “antigos” ou “passados”, mas também de presentes que se evoluem e se transformam.

A formação de um regime jurídico de proteção aos conhecimentos tradicionais deveria, ainda, ter como pilar fundamental o reconhecimento de sua titularidade coletiva.

Ainda que haja uma especialização, por exemplo o conhecimento sobre usos medicinais de plantas que somente o pajé ou xamã domine, a titularidade deveria ser coletiva.

Na mesma linha, Ana Valéria Araújo<sup>110</sup>, ao tratar da proposição de um

---

109 Ibid.

110 ARAÚJO, Ana Valéria. *Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados*. In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil Socioambiental*. op. cit. p. 85-99

regime “*sui generis*” de proteção aos conhecimentos tradicionais, defende alguns pontos a serem contemplados neste sistema especial de proteção.

Entre eles, a o conhecimento prévio e informado (do qual trataremos mais adiante); a repartição justa dos benefícios; a possibilidade dos povos indígenas e comunidades negarem acesso aos conhecimentos e recursos existentes em seu território; a conceituação do direito sobre os saberes tradicionais como imprescritível e impenhorável e dos recursos genéticos como bens de interesse público (equiparando-os aos bens do meio ambiente para fins de obrigatoriedade da proteção por parte do Estado); garantia da impossibilidade de patenteamento desses conhecimentos.

Uma das questões que se coloca a estas formulações refere-se à possibilidade do domínio de um conhecimento transcender um povo ou comunidade. Isto ocorre freqüentemente, como no caso da *ayahuasca*, por exemplo, cujas propriedades são conhecidas por diversos povos do Brasil e Peru. Como definir qual o povo ou comunidade detentor do conhecimento? Nesta hipótese nos parece como resposta mais apropriada a inclusão de todos os povos ou comunidades que possuam o conhecimento.

Este compartilhamento de um conhecimento pode se dar por diversas formas. Sobre uma mesma espécie, podem ser desenvolvidos saberes diversificados, os quais podem variar de um povo ou comunidade para outro, quantos aos possíveis usos e propriedades, modos de preparo, forma de aplicação ou dosagem, por exemplo.

### **3.5 CONSENTIMENTO PRÉVIO E A REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS**

O consentimento prévio fundamentado, exigido pela Medida Provisória n.º 21.86-16/2001 e pela CDB (Convenção sobre a Diversidade Biológica), pode ser definido como o procedimento pelo qual os povos ou comunidades detentores dos recursos tangíveis ou intangíveis da biodiversidade autorizam, voluntariamente e conscientemente, mediante o fornecimento de todas as informações necessárias, o



acesso e a utilização, por terceiros, de tais recursos. Deve ser considerado um procedimento, constituído de várias etapas, e não em ato contratual isolado.<sup>111</sup>

Para Leonel Firestone, o consentimento prévio fundamentado é a:

*“exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o seu consentimento voluntário antes que uma pessoa, instituição ou empresa tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seus territórios. É vital para essa definição, no entanto, que as comunidades sejam informadas dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar de fato a sua autorização voluntária.”*<sup>112</sup>

O autor também aponta que os maiores desafios para a definição de critérios e parâmetros para o consentimento prévio fundamentado são as grandes diferenças entre as comunidades, os diversos tipos de conhecimentos e saberes e seus diversos tipos de uso. Entretanto, alguns princípios comuns poderiam ser delineados, entre eles o de que o consentimento prévio fundamentado aplica-se apenas ao objetivo e atividades específicos para os quais foi concedido. Uma permissão adicional deveria ser obtida antes da utilização de recursos genéticos de maneira diferente daquela estipulada no acordo inicial.

Segundo Santilli, o consentimento prévio fundamentado deve ser firmado por escrito, redigido em linguagem acessível ao povo ou comunidade, devendo especificar, sob pena de nulidade: as finalidade e usos pretendidos das atividades de pesquisa e/ou bioprospecção a serem desenvolvidas; a instituição que financia tais atividades; data de início e duração; metodologia de pesquisa, os procedimentos específicos exigidos pela atividade, área geográfica e métodos de coleta da pesquisa proposta, bem como informações sobre o tipo de material coletado; previsão expressa de que compete à Justiça brasileira dirimir conflitos oriundos da autorização de

---

111 SANTILLI, op.cit. 230

112 FIRESTONE, Laurel. *Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos*. In LIMA, André & BENSUSAN, Nurit (orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos*

acesso.

A autora também afirma que o Estado deve assegurar as condições mínimas para que o consentimento expresso pelos detentores do conhecimento seja livre, consciente e informado, garantindo autêntica manifestação da vontade.

Uma vez autorizado o acesso aos recursos e ou conhecimentos, as atividades de coleta e pesquisa podem resultar na identificação de potencial ou perspectiva de uso comercial, e no desenvolvimento de produtos ou processos passíveis de proteção intelectual. Nesta hipótese, ainda segundo a autora, o interessado deverá firmar previamente com o detentor do recurso e ou conhecimento contrato de utilização do material genético e de repartição de benefícios, devendo o Estado garantir o equilíbrio entre as partes e a observâncias de suas condições de validade.

A Medida Provisória n.º 2.186/2001, em seu art. 25, prevê que os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido com base em amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado poderão consistir, entre outros: em divisão de lucros; pagamentos de *royalties*, acesso e transferência de tecnologias; licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; capacitação de recursos humanos. Outros mecanismos incluem o pagamento de taxas de coleta e bioprospecção, para amostras de material biológico ou genético, e o pagamento de taxas por cada etapa da pesquisa.

Um dos mecanismos de repartição de benefícios em discussão é a criação de fundos de repartição de benefícios, que financiariam tanto projetos de conservação da diversidade biológica nos territórios ocupados por povos tradicionais como projetos de sustentabilidade econômica, social e cultural destes povos e comunidades<sup>113</sup>.

De acordo com Valéria Araújo<sup>114</sup>, a repartição dos benefícios deve levar

---

tradicionais. São Paulo: ISA, 2003. p.23-52

113 SANTILLI. Op. Cit. P. 234

114 ARAÚJO, Ana Valéria. *Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados*. In: LIMA, André (org.). op. cit.

em conta a contribuição efetiva do conhecimento tradicional para o desenvolvimento do produto, *“reconhecendo-o como um instrumento valioso de produção do saber”*.

### 3.6 CRÍTICAS AO “ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS”<sup>115</sup> E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS”

Há algumas críticas, as quais nos parecem pertinentes, a serem feitas a respeito do chamado “acesso aos recursos genéticos e conhecimentos associados”, regulado pela Convenção sobre a Diversidade Biológica, no plano internacional, e pela Medida Provisória n.º 2.186/2001.

Para Derani<sup>116</sup>, *“acessar é apropriar-se”*. A autora entende que quando a norma dispôs sobre o acesso, está na verdade dispondo sobre apropriação, em que o *“acessante”* torna-se proprietário privado de algo que não é privativo de ninguém, pois ou pertence a todos (patrimônio genético) ou pertence a uma coletividade específica (conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético). Seria uma *“apropriação privada originária”*, em que aquilo que está fora do mercado e do sistema privado de propriedade torna-se pela primeira vez privado.

Nas palavras da autora:

*“No momento em que há a transação do que não pertence a um sujeito determinado nem no espaço, nem no tempo (pertence à comunidade, a gerações passadas, presentes e futuras), há uma transformação. Aquilo que não é privado passa a ser, pois o direito reconstitui as relações materiais tornando-as privadas, uniformizando-as para ingressarem no sistema de trocas.”*<sup>117</sup>

---

115 A Medida Provisória n.º 2.186-16, de 24 de agosto de 2001, define patrimônio genético como informação de origem genética, contida em amostras do todo em de espécies vegetais, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições “in situ”, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções “ex situ”, desde que coletados em condições “in situ” no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

116 DERANI, Cristiane. *Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso*. In: LIMA, André (org.). op. cit. p. 145-167

117 Ibid. p. 157

Como proteção do conhecimento tradicional associado contra o assédio da bioprospecção, o art. 9 da MP prevê que a comunidade indígena ou local que criam, detém ou conservam tal conhecimento tenham “garantido o direito de: I – ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; II – impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado; III – impedir terceiros não autorizados de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integrem ou constituem conhecimento tradicional associado; IV – perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são da sua titularidade, nos termos desta Medida Provisória.”

Entretanto, aquilo que a MP chama de direito garantido, segundo a autora, na verdade são direitos “*vinculados ao modo de produção dos interessados no acesso*” e não à prática cultural sócio-econômica das comunidades, tanto assim que não existiriam antes do contrato de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento.

A divulgação controlada da origem (inc. I) seria um valor agregado ao bem, integrando o preço da mercadoria. Tratar-se-ia de “*um diferencial de mercado*”.

O direito de exclusividade (inc. II) seria um segundo direito que passa a existir a partir do contrato, sendo, de fato, um direito do interessado no conhecimento tradicional, que só posteriormente à entrada da comunidade no sistema de trocas e na exclusividade dos direitos de propriedade, passa lhes ser interessante restringir o acesso.

A titularidade do direito de divulgação, transmissão ou retransmissão do conhecimento associados (inc. III) passa a ser exclusivo da comunidade contratante, a qual, portanto, como já exposto, poderia se apropriar de um conhecimento também desenvolvido e utilizado por outros povos ou comunidade. A CDB e a MP simplesmente não consideram esta possibilidade.

O art. 25 da MP define o que são benefícios que podem vir a ser estipulados, entre outros, uma vez que seu texto não é taxativo: “I – divisão de lucros;

II – pagamento de *royalties*; III – acesso e transferência de tecnologias; IV – licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; V – capacitação de recursos humanos”.

Esta remuneração, portanto, ou é por entrega de equivalente monetário ( inc. I e II), ou por bens que representam valor de troca no mercado ( inc. II, IV e V). A questão que se deve fazer é se estes “benefícios” servem ao interessado no acesso ou aos povos e comunidades detentores dos recursos e conhecimentos.

A MP regula dois momentos do acesso. O primeiro deles é o da pesquisa e bioprospecção, e o segundo é o do uso comercial do material e conhecimento colhidos.

Inicialmente, a MP prevê a autorização de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associados pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético do Ministério do Meio Ambiente. Neste momento, a relação se dá entre o Poder Público e a instituição de pesquisa pública ou privada, a qual desenvolverá suas atividades, devendo no final ser declarado a listagem do material acessado. Derani explica que enquanto o momento é o da bioprospecção, os documentos firmados têm como sujeitos Poder Público Federal e instituição nacional de pesquisa. Sua natureza jurídica é de obrigação unilateral, por meio de subscrição do termo de autorização

O segundo momento regulado pela MP é o da perspectiva de uso comercial de produto ou processo resultante da utilização de componente do material genético. Para tal, será necessária a prévia assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (art. 19, § 1), o qual compete ao Presidente do Conselho de Gestão firmar, em nome da União (art. 16, § 4). As partes contratantes são: o proprietário da área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local, a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinatária (art. 27).

O proprietário de área pública somente pode ser o poder público, e este não é proprietário de conhecimento tradicional pelo fato de deter a propriedade da

área em que vive uma coletividade, esta sim detentora do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que é envolve<sup>118</sup>.

Durani também analisa a validade deste contrato. Segundo a autora não seria possível a determinação do *“justo preço”*, pois não seria *“à parte que está transacionando algo que não tem preço, posto que fora do sistema do mercado, definir o que espera ser uma justa remuneração”*. Desta forma, não podendo ser definido por uma partes o valor do que apresenta no mercado, *“não há como se estabelecer a reciprocidade, podendo constituir-se um contrato viciado pela vontade.”*

---

118 Ibid. p. 162

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 recepciona e garante a todos o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, ao pleno exercício dos direitos culturais, como modos de criar, fazer e viver. Assegura aos índios o direito que têm de serem índios, reconhece seus costumes, suas tradições, suas línguas e crenças, sua organização social própria, e, especialmente, seus direitos originários às terras que ocupam tradicionalmente. Da mesma forma, assegura aos quilombolas a propriedade definitiva das terras que ocupam.

Adota uma concepção ampla de cultura, não mais meramente monumental, folclórica, arquitetônica e/ou arqueológica, mas como conjunto de valores, representações e modos de vida que orientam os diversos grupos étnicos do Brasil, numa visão que não se remete mais ao passado, mas se renova e projeta ao futuro, uma vez que aqueles culturalmente diversos passam a ter o direito de escolha de seu próprio destino e a liberdade de optarem por novos rumos de vida.

Reconhece como patrimônio cultural bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à memória e à ação dos diversos grupos étnicos do país. Garante as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, a partir de uma ordem de idéias as quais podemos classificar como pluralistas e multiculturalistas, abandonando um histórico de assimilação e integração da diferença, no qual aqueles que viviam conforme uma outra cultura não possuíam direitos, muito menos coletivos.

Estes direitos reconhecidos e assegurados pela Constituição de 88 podem ser analisados e classificados como socioambientais, a partir de uma concepção ampla do meio ambiente, que abrange o meio ambiente natural (fauna, flora, rios, lagos, montanhas, florestas) e o meio ambiente cultural (as modificações feitas pelos humanos, elementos subjetivos e evocativos, como a lembrança do passado, sinais de fatos naturais ou passagem de humanos), e de uma premissa de indissociabilidade do mundo natural com o humano. Assim, a solução para os

problemas ambientais deve abranger as questões sociais e culturais.

Esta perspectiva é possibilitada por uma leitura sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais referentes à cultura, ao meio ambiente, aos direitos étnicos dos povos indígenas e aos quilombolas. Não é possível tratar, sob esta perspectiva, destes direitos de forma isolada.

Todos estes direitos possuem natureza coletiva. Não nascem de uma relação jurídica específica. Decorrem da lei. São uma garantia genérica, como “pleno exercício dos direitos culturais” referentes a “modos de fazer, criar e viver”.

Podem ser denominados cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados os quais contém termos ou expressões de textura aberta, fornecendo um início de significação a ser completado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A solução para sua efetivação, muitas vezes, não se encontra integralmente no enunciado da norma. A função do intérprete é justamente não limitar-se ao simples enunciado, mas valorar seu sentido.

Portanto, em relação aos direitos socioambientais, devem ser considerados outros aspectos que não somente jurídicos, como étnicos e culturais. Ocorre que a maioria dos juristas não vê com bons olhos a introdução de elementos externos ao Direito.

Há questões, como o entendimento do que venha a ser o conceito de quilombo no art. 68 do ADTC ou o significado do território para povos indígenas, que são muito complexas para serem tratadas somente pelo Direito. Implicam na abertura de outras possibilidades de interpretação jurídica, as quais não se encontram no sistema tradicional, fundamentado no direito individual e essencialmente patrimonial, no qual tudo é passível de apropriação por algum indivíduo, exceção àquilo que é do Estado.

Os direitos socioambientais estão garantidos pela Constituição. Assim como os direitos consagrados pelo Direito da Modernidade. Muitos dos direitos e princípios aqui estudados se contrapõem a outros que, da mesma forma, são consagrados no texto constitucional. Sua aplicação e eficácia dependerá do intérprete.

Talvez o exemplo mais atual disto seja a disputa pelas terras da área



chamada Raposa do Sol, em Roraima. Mesmo que pareça claro e preciso que aos povos indígenas são reconhecidos seus direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pode-se decidir justamente o oposto.

Os sujeitos dos direitos socioambientais são igualmente coletivos. Vivem em comunidade. Apropriam-se do território e de seus recursos naturais de forma comunitária. Os extraordinários conhecimentos que detêm são adquiridos e transmitidos de forma coletiva. O Direito, muitas vezes, parece não compreender esses processos e não consegue tratá-los de forma apropriada, como no caso da proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Entretanto, não basta somente o reconhecimento e a tutela jurídica a todos estes direitos analisados neste trabalho. A sua verdadeira eficácia depende dos intérpretes da lei, da realização de políticas públicas de promoção e valorização da diversidade cultural e biológica, as quais devem ser apropriadas e específicas.

É preciso avançar para uma verdadeira promoção dos direitos intangíveis (conhecimentos, inovações e práticas produzidos sobre as propriedades, usos e características da diversidade biológica), e não apenas regular o acesso a estes conhecimentos por terceiros.

Ademais, a eficácia dos direitos socioambientais, especialmente as referentes aos povos e comunidades tradicionais, tem enfrentado imensos obstáculos, seja no âmbito administrativo (como o reconhecimento de terras indígenas e quilombolas), seja no âmbito judiciário. No caso dos quilombolas, em 20 anos desde a promulgação da Constituição e, conseqüentemente do art. 68 do ADTC, mapeou-se mais de 700 comunidades remanescentes de quilombos, entretanto menos de uma centena foi titulada. Em relação aos indígenas, mais de um terço de suas terras estão pendentes de demarcação. Isto sem mencionar as terras de ambos que estão sobrepostas com áreas de proteção ambiental ou invadidas.

Podemos concluir, portanto, que apenas o reconhecimento dos direitos socioambientais e de seus sujeitos não basta. Somente intérpretes da lei capazes de proporcionar sua eficácia e políticas públicas apropriadas e específicas os promoverão verdadeiramente, hipóteses de uma sociedade mais justa, harmônica e solidária.

## BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. SP: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. SP: Malheiros, 2007.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais livres”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

\_\_\_\_\_. **Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum**. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. V. 6. N. 01. p. 9-32.

BANDEIRA, Maria de Lourdes. **Terras negras: Invisibilidade expropriadora**. Florianópolis: Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas. 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. SP: Malheiros, 1997.

CAPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.

CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Brevíssima relação da destruição das Índias. O paraíso perdido**. 4 ed. Porto Alegre: L&M, 1985.

CUNHA, Manuela Carneiro da & ALMEIDA, Mauro Barbosa de (orgs.) **Enciclopédia da floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura, 1992.

DIEGUES, Antônio Carlos & ARRUDA, Reinaldo S.V. (orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente: USP, 2001.

DUPRAT, Deborah (org.). **Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. **Direito ambiental brasileiro**. 11 ed. SP: Malheiros, 2003.

LIMA, André. **O Direito para o Brasil Socioambiental**. LIMA, André (org.). Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. & BENSUSAN, Nurit (orgs.). **Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: ISA, 2003.

LITTLE, Paul E. **Território sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2002.

MARÉS DE SOUZA, Carlos Frederico. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1998.

MINISTÉRIO DA CULTURA, IPHAN E FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. **O registro do patrimônio imaterial. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial**. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, julho de 2003.

O'DWYER, Eliane Cantanno (org.). **Quilombos identidade étnica e territorialidade**. ABA FGV, 2002.

RIBEIRO, Darcy. **O Índio e a Civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno**. 3 ed. Petrópolis: Vozes. 1982

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural**. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCORZA, Manuel. **O cavaleiro insole**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Joaquim Shiraishi Neto, org. Manaus: UEA, 2007.

SHIVA, Vandana. Biopirataria. **A pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.

TRIGUEIRO, André (coord). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

VIEIRA, Paulo Freira; WEBER, Jacques (orgs.). **Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez Editora, 1996.